‘FOREIGN TERRORIST FIGHTERS’: STRAFBAARSTELLING VAN VERBLIJF OP EEN TERRORISTISCH GRONDGEBIED?

‘Foreign terrorist fighters’: strafbaarstelling van verblijf op een terroristisch grondgebied?

Een toetsing aan materieel strafrechtelijke, mensenrechtelijke en volkenrechtelijke parameters

P.H.P.H.M.C. van Kempen
M.I. Fedorova

Wolters Kluwer
When you have to be right

Deventer 2015

'Foreign terrorist fighters': strafbaarstelling van verblijf op een terroristisch grondgebied?
P.H.P.H.M.C. van Kempen & M.I. Fedorova

ISBN: 9789013133127
ISBN Epub: 9789013133134
NUR: 824-401, 824-407

Ontwerp omslag: Cremers visuele communicatie, Nijmegen
Lay-out: Hannie van de Put
Beeld omslag: WorldMap-A_non-Frame.png
(https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/c/cf/WorldMap-A_non-Frame.png) door Koba-chan, gebruikt onder CC BY-SA / Blauwe kleur en perspectief toegevoegd aan origineel

Opdrachtgever: Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC)

Verkorte inhoudsopgave

Inhoudsopgave

Voorwoord

In de strijd tegen terrorisme trekken tegenwoordig zogenoemde jihadgangers c.q. ‘foreign terrorist fighters’ de volle aandacht op nationaal en internationaal niveau. Landen overwegen maatregelen om te voorkomen dat deze jihadreizigers naar door terroristische organisaties gecontroleerde gebieden afreizen, zich bij terroristische organisaties aansluiten, deelnemen aan gewapende strijd en terugkeren met terroristische intenties. In het debat over terrorismebestrijding in het Nederlandse parlement is de vraag opgeworpen of het mogelijk is om te komen tot een strafbaarstelling van ‘vrijwillig verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied’.

Het onderhavige onderzoek strekt tot beantoording van deze vraag door de overwogen gebiedsstrafbaarstelling te bezien in het licht van uiteenlopende fundamentele strafrechtelijke, mensenrechtelijke en volkenrechtelijke parameters. Dit juridisch wetenschappelijk onderzoek is in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) door ons verricht binnen de gelederen van de vaksectie Strafrecht & Criminologie, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Radboud Universiteit te Nijmegen.

Op deze plaats spreken wij graag onze dank uit richting mw. Inge de Wit, die als student-assistent een onmisbare bijdrage aan dit onderzoek heeft geleverd door haar gedegen wijze van informatieverzameling en structurering ervan. Daarnaast gaat onze dank uit naar de begeleidingscommissie, bestaande uit voorzitter mw. prof. mr. C.P.M. Cleiren (Universiteit Leiden), en voorts mw. mr. W.M. de Jongste (WODC), dhr. mr. P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt, BA (Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Vrije Universiteit Amsterdam), dhr. dr. mr. P.A.M. Verrest (Ministerie van Veiligheid en Justitie, DWJZ) en medewerker NCTV (Ministerie van Veiligheid en Justitie). De prettige discussies en scherpe opmerkingen van de commissieleden hebben een waardevolle bijdrage geleverd aan de kwaliteit van dit onderzoek.

Het onderzoek is afgerond op 1 juli 2015.

Piet Hein van Kempen & Masha Fedorova
Hoogleraar straf(proces)recht resp. universitair docent straf(proces)recht
Radboud Universiteit Nijmegen
juli 2015

1 Inleiding

1.1 Aanleiding en doelstelling van het onderzoek

Wereldwijd zijn er territoria die onder controle staan van organisaties die door de Verenigde Naties, de Europese Unie, andere internationale gouvernementele organisaties en/of individuele landen als terroristisch worden aangemerkt. Voorbeelden van zulke organisaties die veelvuldig in de Nederlandse media en politiek naar voren komen, zijn de islamistische terroristische organisatie Al-Shabaab die actief is in onder meer Somalië en de jihadistisch-salafistische militie Islamitische Staat in Irak en Syrië (ISIS)[1] die onder meer in Irak en Syrië opereert, maar bijvoorbeeld ook FARC die invloed uitoefent in Columbia.[2] Veel westerse staten ervaren het als een serieus probleem wanneer inwoners van hun land naar dergelijke 'terroristische gebieden' afreizen teneinde zich daar bij de heersende terroristische organisatie aan te sluiten. In dit verband wordt in Nederland en vooral op Europees en Internationaal niveau vaak over 'foreign terrorist fighters' (FTF's) gesproken.

In het meer recente politieke debat worden de fenomenen van jihadisme en de 'foreign terrorist fighter' dan wel jihadganger of -reiziger met grote zorg bezien.[3] De Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid (NCTV) omschrijft *jihadisme* als 'een extreme politieke ideologie, die gekenmerkt wordt door een streven om door middel van het voeren van een "heilige oorlog" tegen alle ongelovigen te voldoen aan de als goddelijke ervaren plicht om de islam over de wereld te verspreiden'.[4] Het gaat hierbij om een

1 ISIS staat ook wel bekend als *Islamitische Staat in Irak en al-Sham*, als *Islamitische Staat in Irak en de Levant* (ISIL) en als *Islamitsiche Staat* (IS). Overigens worden in dit onderzoek terroristische organisaties, die vaak onder verschillende naamsvarianten bekend zijn, aangeduid met de naam die onder het grote publiek het meest gangbaar is.

2 Zie voor vele andere voorbeelden paragraaf 2.2.3 (Lex certa en componenten II: terroristische organisatie).

3 Aansluiting van Nederlanders en van in Nederland woonachtige personen bij buitenlandse terroristische organisaties beperkt zich overigens niet tot jihadisme. Een bekend niet-jihadistisch voorbeeld is de aansluiting van Tanja Nijmeijer bij de FARC in Colombia; zie Wikipedia, 'Tanja Nijmeijer' (https://nl.wikipedia.org/wiki/Tanja_Nijmeijer) (laatst bezocht: 1 juli 2015).

4 NCTV, 'Terrorismebestrijding. Jihadisme en jihadistisch terrorisme', op: https://www.nctv.nl/onderwerpen/tb/watisterrorisme/jhadisme-jihadistische-terrorisme/ (laatst bezocht: 1 juni 2015). Zie een andere definitie in het *Actieprogramma Integrale Aanpak Jihadisme. Overzicht maatregelen en acties*, Ministerie van VenJ/NCTV/Ministerie van SZW, 29 augustus 2014, p. 31, volgens welke het bij *(mondiaal) jihadisme* gaat om 'een ideolo- →

'zeer radicale interpretatie' van de islam. De NCTV voegt daar aan toe: 'Let wel: er is een enorm verschil tussen islam en jihadisme. De islam is een grote wereldreligie, het jihadisme is een politieke ideologie.'[5] In verband met het hier bedoelde jihadisme is een 'foreign terrorist fighter', *jihadganger* of *-reiziger* dan een persoon die reist of heeft gereisd om zich aan te sluiten bij een terroristische organisatie in een jihadistisch strijdgebied.[6]

De minister van Veiligheid en Justitie en de minster van Sociale Zaken en Werkgelegenheid merken het jihadisme aan als een 'substantiële bedreiging voor de nationale veiligheid van Nederland en voor de internationale rechtsorde', onder meer doordat jihadisten aansluiting zoeken bij internationale terroristische organisaties en doordat aanhangers van de gewelddadige jihad zich ook in ons land openlijk manifesteren en er spanningen in onze maatschappij ontstaan, mede als gevolg van conflicten elders in de wereld.[7] Daarbij wijzen de ministers erop dat er in Nederland ruimte is voor verschillende ideologieën, denkbeelden en levensovertuigingen, maar dat de vrijheden van de democratische rechtsstaat niet mogen worden misbruikt om het voortbestaan ervan te ondermijnen. Zij concluderen onder meer dat de jihadistische beweging in alles het tegengestelde is van onze democratische rechtsstaat en met harde hand moet worden bestreden.[8] Hiertoe is het actieprogramma 'Integrale Aanpak Jihadisme' opgesteld dat tot doel heeft het beschermen van de democratische rechtsstaat, bestrijden en verzwakken van de jihadistische beweging in Nederland, en het wegnemen van de voedingsbodem voor radicalisering.[9]

Mede naar aanleiding hiervan hebben de Tweede Kamerleden Dijkhoff en Oskam op 26 november 2014 een motie ingediend.[10] Volgens de toelichting op het dictum van de motie is het onwenselijk dat Nederlanders afreizen

---

gische stroming binnen de politieke islam die op basis van een specifieke invulling van de salafistische leer en op basis van het gedachtegoed van Sayyid Qutb door middel van een gewapende strijd (jihad) streeft naar een mondiale heerschappij van de islam en de heroprichting van de Islamitische Staat (kalifaat).'

5 De term jihadisme duidt hier dus op de gewelddadige ideologie en niet op de jihad als islamitische term die meestal staat voor 'een inspanning voor een verdienstelijk doel'.

6 *Actieprogramma Integrale Aanpak Jihadisme. Overzicht maatregelen en acties*, Ministerie van VenJ/NCTV/Ministerie van SZW, 29 augustus 2014, p. 31, 28.

7 *Kamerstukken II* 2013-2014, 29 754, nr. 253, p. 1 (Brief, Integrale Aanpak jihadisme). Zie ook *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 000 VI, nr. 2, p. 12 (MvT, Vaststelling van de begrotingsstaten van het Ministerie van Veiligheid en Justitie (VI) voor het jaar 2015).

8 *Kamerstukken II* 2013-2014, 29 754, nr. 253, p. 2 (Brief, Integrale Aanpak jihadisme).

9 *Actieprogramma Integrale Aanpak Jihadisme. Overzicht maatregelen en acties*, Ministerie van VenJ/NCTV/Ministerie van SZW, 29 augustus 2014; zie ook de aanbiedingsbrief bij het programma: *Kamerstukken II* 2013-2014, 29 754, nr. 253, p. 2 (Brief, Integrale Aanpak jihadisme).

10 *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 000 IV, nr. 30 (Motie Dijkhoff/Oskam).

'om als lid van een terroristische organisatie deel te nemen aan gewapende strijd en bij terugkeer een bedreiging vormen voor de Nederlandse veiligheid'. De toelichting houdt voorts in 'dat het in het belang van de veiligheid van Nederland is om elke teruggekeerde jihadreiziger aan te houden, te verhoren en te vervolgen' en 'dat de rechtsstaat erbij gebaat is, hiertoe in een solide juridische basis te voorzien'. Daarop volgt de eigenlijke motie, die als volgt luidt:

> 'verzoekt de regering, te onderzoeken of het mogelijk is om het vrijwillig verblijf op door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied strafbaar te stellen, behoudens uitzonderingsmogelijkheden voor bijvoorbeeld journalisten, en deze mogelijkheid te betrekken bij het wetsvoorstel aangaande het uitreisverbod'.

De motie is door de Tweede Kamer uiteindelijk verworpen,[11] maar tijdens de reeds daarvoor gevoerde discussie over een uitreisverbod en het vrijwillig verblijf in een door terroristen gecontroleerd gebied, heeft de minister van Veiligheid en Justitie het in de motie verzochte onderzoek toegezegd.[12] Dit onderzoek over strafbaarstelling van 'vrijwillig verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' – in dit boek ook aangeduid als: de overwogen gebiedsstrafbaarstelling – is door ons uitgevoerd en het navolgende is daarvan het resultaat.

1.2 Centrale probleemstelling en opzet van het onderzoek

Het dictum van de motie vraagt om onderzoek waarin wordt bezien of het mogelijk is om tot strafbaarstelling te komen van 'het vrijwillig verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' (een terroristische 'no go zone'). De motie vraagt de regering voorts om deze eventuele mogelijkheid te betrekken bij het – thans nog in ontwikkeling zijnde – wetsvoorstel aangaande het uitreisverbod. Met het oog op operationalisering van de motie staat de volgende – juridische – vraag centraal in dit onderzoek:

In hoeverre kan worden gekomen tot een passende strafbaarstelling van 'vrijwillig verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' gelet op:
- *de fundamentele strafrechtelijke beginselen van legaliteit, daadstrafrecht en wederrechtelijkheid (strafrechtelijke parameters),*

11 *Handelingen II*, 27 november 2014, 30-17, p. 2 (Stemmingen moties begroting Veiligheid en Justitie).

12 *Handelingen II*, 26 november 2014, 29-7, p. 14-15 en 63 (Stemmingen moties begroting Veiligheid en Justitie).

- *de relevante internationale mensenrechten, in het bijzonder uit het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) (mensenrechtelijke parameters), en*
- *de internationaal publiekrechtelijke beginselen van soevereiniteit, van territoriale integriteit en inzake de bevoegdheid tot het vestigen van strafrechtelijke rechtsmacht (volkenrechtelijke parameters).*

Beantwoording van deze centrale probleemstelling geeft aanleiding tot behandeling van de volgende juridische deelvragen, die zich richten op de respectievelijke categorieën parameters.

Strafrechtelijke parameters: hoofdstuk 2
Bij de overweging om een strafbaarstelling in het wetboek op te nemen en bij de eventuele uitwerking daarvan, moet men rekening houden met fundamentele beginselen van materieel strafrecht en de dogmatiek daaromtrent. De toelichting in de motie refereert daar in feit ook aan, daar waar die inhoudt dat de rechtsstaat erbij gebaat is in een solide juridische basis te voorzien omtrent de overwogen strafbaarstelling. Ook daarom is de volgende deelvraag van belang.

Is strafbaarstelling van het vrijwillig verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied houdbaar gezien de voorwaarden en beperkingen die voor het materiële strafrecht die voortvloeien uit het materieel strafrechtelijke legaliteitsbeginsel, het daadstrafrechtbeginsel en het wederrechtelijkheidsbeginsel?

Ter beantwoording van deze eerste deelvraag – in hoofdstuk 2 – is het om te beginnen nodig vast te stellen wat het legaliteitsbeginsel (meer in het bijzonder het lex certa-beginsel), het daadstrafrechtbeginsel en het wederrechtelijkheidsbeginsel inhouden. Op grond daarvan is het vervolgens mogelijk om de verschillende componenten in de overwogen gebiedsstrafbaarstelling, deze strafbaarstelling als geheel en de eventuele journalistieke uitzondering daarop vanuit deze materieel strafrechtelijke beginselen te toetsen. Voor elk beginsel afzonderlijk alsmede voor het geheel worden conclusies over de gebiedsstrafbaarstelling getrokken.

Mensenrechtelijke parameters: hoofdstuk 3
De volgende deelvraag ziet op de mensenrechtelijke parameters en is voorwerp van bespreking in hoofdstuk 3. Deze deelvraag luidt:

Is strafbaarstelling van het vrijwillig verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied houdbaar gezien de voorwaarden en beperkingen die voortvloeien uit relevante internationale mensenrechten, in het bijzonder uit het EVRM?

Afhankelijk van de omstandigheden van een individueel concreet geval, zou de overwogen gebiedsstrafbaarstelling in potentie vrijwel elk van de materiële mensenrechten kunnen treffen. Het is binnen de kaders van dit onderzoek echter niet mogelijk en – mede gelet op de voor veel mensenrechten overeenkomstige beperkingssystematiek – bovendien van weinig toegevoegde waarde om de gebiedsstrafbaarstelling aan alle eventueel relevante verdragsbepalingen te toetsen. Om die reden komen alleen de meest relevante fundamentele rechten meer uitdrukkelijk aan bod. Omdat de strafbaarstelling het meest algemeen raakt aan het recht op vrijheid van beweging c.q. het recht om elk land te verlaten, gaat de meeste aandacht naar dit recht uit. Art. 2 Vierde Protocol EVRM en de jurisprudentie daarover van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) staat daarbij centraal, maar er is ook een uitgebreide uiteenzetting vanuit art. 12 IVBPR en de daarvoor relevante jurisprudentie van het IVBPR Mensenrechtencomité (Human Rights Committee/ HRC). Van de meer incidenteel relevante fundamentele rechten toetsen wij de strafbaarstelling aan het recht op privé- en familieleven in art. 8 EVRM (en summier ook aan art. 17 IVBPR), het recht op vrijheid van geloofsovertuiging c.q. religie in art. 9 EVRM (en summier ook aan art. 18 IVBPR) en aan het recht op vrijheid van meningsuiting in art. 10 EVRM (en summier ook aan art. 19 IVBPR).

Er zijn verschillende redenen om de toetsing aan de relevante mensenrechten eerst en vooral te baseren op het EVRM en de jurisprudentie daarover van het EHRM.[13] Ten eerste is van belang dat alle in Nederland geldende of voorgestelde regelgeving alsmede de eventuele en daadwerkelijke toepassing ervan aan de bepalingen uit het EVRM kunnen worden getoetst (zie artikel 94 Gw), terwijl hetzelfde vanwege het toetsingsverbod niet opgaat voor de rechten uit de Grondwet (zie artikel 120 Gw). Dit is ook van belang omdat de jurisprudentie over de Grondwet als gevolg daarvan zeer beperkt is. Verder telt dat het EHRM meer dan welke andere voor Nederland relevante nationale of internationale instantie een zeer gedetailleerde jurisprudentie over fundamentele rechten heeft opgebouwd. Anders dan de oordelen van de VN-Comités (waaronder het IVBPR Mensenrechtencomité) is die jurisprudentie bovendien bindend voor de Nederlandse autoriteiten. Dat geldt niet alleen voor zover beslissingen of uitspraken van het Hof direct op Nederland betrekking hebben (zie artikel 46 EVRM), dat is in beginsel evenzeer het geval – zij het indirect – voor zover een Nederlandse situatie binnen de reikwijdte ligt van jurisprudentie die op andere staten ziet. Daartoe is van belang dat het niet mogelijk is om in strijd met een beslissing of uitspraak

13 Zie navolgende redengeving eerder in P.H.P.H.M.C. van Kempen & J. Van de Voort, *Nederlandse antiterrorismeregelgeving getoetst aan fundamentele rechten. Een analyse met meer bijzonder aandacht voor het EVRM*, Nijmegen: NCTb/WODC/Radboud Universiteit 2010, p. 5-6.

van het Hof te handelen – althans voor zover die een rechtsvindende uitleg aan het verdrag geeft – zonder tegelijk het verdrag te schenden. Aldus deelt de beslissing of uitspraak (als kenbron van het verdrag) in de bindende kracht die het verdrag (de bron) toekomt ingevolge artikel 1 EVRM.[14]

Volkenrechtelijke parameters: hoofdstuk 4

De volkenrechtelijke parameters zijn het onderwerp van de derde deelvraag, die in hoofdstuk 4 wordt behandeld. Deze deelvraag luidt:

Is strafbaarstelling van het vrijwillig verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied houdbaar gezien de internationaal publiekrechtelijke beginselen van soevereiniteit, van territoriale integriteit en inzake de bevoegdheid tot het vestigen van strafrechtelijke rechtsmacht?

Een bijzonder kenmerk van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling is dat deze het verblijven op een tot een andere staat behorend grondgebied verbiedt en dat overtreding van dit verbod tot strafrechtelijke opsporingshandelingen, vervolging, berechting en bestraffing kan leiden. In zoverre is voltooiing van dit overwogen delict dus alleen in het buitenland mogelijk, terwijl de eventuele strafwaardigheid van dat verblijf ook met de situatie in dat buitenland samenhangt.[15] Om die reden dient te worden bezien of de gebiedsstrafbaarstelling toelaatbaar is gelet op het beginsel dat elke staat op zijn eigen grondgebied bij uitsluiting bevoegd is te handelen overeenkomstig zijn eigen rechtsorde. Het gaat dan om de beginselen van soevereiniteit en non-interventie. Daarbij komt ook het beginsel van territoriale integriteit aan bod, dat inhoudt dat staten er niet naar mogen streven dat de grenzen van andere staten worden aangepast. Mede in samenhang met deze beginselen wordt bezien of Nederland bevoegd is om op deze wijze strafrechtelijke rechtsmacht te vestigen over gedragingen die in andere landen plaatsvinden. Daarbij zal onder meer ook U.N. Security Council (UNSC) Resolution 2178 (2014)[16] worden betrokken, die van staten onder meer vereist 'that their legal systems provide for the prosecution, as serious criminal offences, of travel for terror-

14 Zie uitgebreider over de kenbron-werking van Straatsburgse jurisprudentie P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 40-46. Zie overigens ook EHRM 4 januari 2005, *Pentiacova and 48 others/Moldova*, nr. 14462/03; EHRM 8 juni 2003, *Sentges/The Netherlands*, nr. 27677/02; EHRM 29 april 2002, *Pretty/The United Kingdom*, nr. 2346/02, r.o. 75.

15 Strikt genomen zou het delict in Nederland kunnen worden gepleegd, wanneer een grondgebied alhier onder controle van een terroristische organisatie zou komen te staan, maar dat is duidelijk niet waar de overwogen strafbaarstelling op is gericht.

16 Aangenomen door de Veiligheidsraad tijdens de 7272ste vergadering, op 24 september 2014, *U.N. Doc.* S/RES/2178 (2014).

ism or related training, as well as the financing or facilitation of such activities.'

Synthese, beoordeling en conclusies: hoofdstuk 5
Vervolgens biedt hoofdstuk 5 een synthese van de bevindingen uit de voorgaande hoofdstukken met het oog op beantwoording van de hierboven gedefinieerde hoofdvraag. Daarbij gaat het om de volgende deelvraag:

Hoe verhouden de bevindingen en conclusies aangaande de beginselen en beperkingen uit de verschillende categorieën parameters zich tot elkaar en in hoeverre laten zij in hun gezamenlijkheid ruimte voor strafbaarstelling van het vrijwillig verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied?

Om beter inzichtelijk te maken of er gelet op de verschillende categorieën parameters ruimte is voor de overwogen gebiedsstrafbaarstelling en zo ja welke grenzen daarbij gelden, wordt in de synthese onderscheiden tussen de volgende vier varianten voor strafbaarstelling van afreizen naar en/of verblijven op een terroristisch territorium:

1. Het ongeclausuleerd strafbaar stellen van 'het vrijwillig verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied'.
2. Het vermelden van de verboden grondgebieden waarom het gaat op een lijst waarnaar de strafbaarstelling verwijst.
3. Het opnemen van een wederrechtelijkheidsbestanddeel in de overwogen strafbaarstelling en/of het bij de overwogen strafbaarstelling voorzien in een abstracte dan wel gespecificeerde bijzondere strafuitsluitingsgrond.
4. Het als alternatief voor de strafbaarstelling invoeren van een systeem waarin men voor vrijwillig verblijf op (bepaalde) door terroristische organisatie controleerde grondgebieden een door de Nederlandse staat uit te geven uitreis- of verblijfsvisum dient aan te vragen en vervolgens te verkrijgen, waarbij het niet voldoen aan deze verplichting als een strafbaar feit geldt.

Blijkens voormelde motie is het aan de regering om de al dan niet bestaande mogelijkheden voor invoering van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling, te betrekken bij het – thans nog in ontwikkeling zijnde – wetsvoorstel aangaande het uitreisverbod. De beoordeling van de zojuist genoemde vier varianten zou handvatten kunnen bieden bij het op elkaar betrekken van de benadering via een gebiedsstrafbaarstelling en de benadering via een uitreisverbod. Maar een integrale beoordeling van deze twee benaderingen valt buiten het bestek van dit onderzoek. Ook een uiteenzetting, doordenking en analyse van de mogelijkheden omtrent het uitreisverbod of uitreisvisumsysteem als zodanig maken aldus geen onderdeel van dit onderzoek uit. De reden dat wij in hoofdstuk 5 wel kort ingaan op het systeem van zogenoemde uitreisvisa is

dat zo meer diepgang kan worden gegeven aan de beoordeling van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling. Om dezelfde reden is er aandacht voor de genoemde drie andere varianten.

Bij de synthetische beoordeling vanuit de vier varianten is ook van belang in hoeverre de overwogen gebiedsstrafbaarstelling toegevoegde waarde zou kunnen hebben ten opzichte van andere reeds bestaande strafbaarstellingen. Het gaat dan in het bijzonder om delicten als art. 101-102 (treden in vreemde krijgsdienst en hulpverlening aan de vijand) al dan niet jo art. 107a Sr (overeenkomstige toepassing van art. 100 sub 2° Sr en de artt. 101-107 Sr in geval van een gewapend conflict dat niet als oorlog kan worden aangemerkt en waarbij Nederland is betrokken, hetzij ter individuele of collectieve zelfverdediging, hetzij tot herstel van internationale vrede en veiligheid), art. 134a Sr (voorbereiding en training terrorisme), art. 140a Sr (deelneming aan terroristische organisatie) en art. 205 Sr (aanwerven voor gewapende strijd), al dan niet in relatie tot poging in de zin van art. 45 Sr, voorbereiding in de zin van art. 46 Sr, samenspanning in de zin van art. 80 Sr en/of deelneming in de zin van art. 47 Sr. Aangezien in dit onderzoek de overwogen gebiedsstrafbaarstelling centraal staat, zal hoofdstuk 5 geen uitgebreide uiteenzetting en analyse over deze bepalingen bieden, maar komen deze slechts aan de orde voor zover dat nodig is ter beoordeling van de gebiedsstrafbaarstelling. Uiteindelijk resulteert dit alles in bevindingen en conclusies die tevens de hoofdvraag beantwoorden.

1.3 HET ONDERZOEK: HANDICAPS EN BEPERKINGEN

Bij gebruikmaking van dit onderzoek is het van belang om in ogenschouw te houden dat het aan de volgende handicaps en beperkingen is gebonden.

Geen concrete en specifieke (concept)strafbaarstelling beschikbaar
Bij de toetsing aan de verschillende strafrechtelijke, mensenrechtelijke en volkenrechtelijke parameters, heeft het onderzoek te kampen met een belangrijke belemmering. Van een concrete specifieke strafbaarstelling of een conceptvoorstel daartoe was in elk geval tijdens het uitvoeren van dit onderzoek geen sprake. Daardoor is het ook niet mogelijk de toetsing op een specifieke delictsomschrijving en op specifieke delictsbestanddelen te richten. Bovendien is daardoor niet duidelijk wat de exacte reikwijdte van de overwogen strafbaarstelling van 'vrijwillig verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' zal zijn indien de wetgever tot invoering ervan zou besluiten. Onvermijdelijk zal de toetsing in dit onderzoek daardoor tamelijk abstract van aard zijn. Bovendien zal daarbij regelmatig moeten worden uitgaan van bepaalde aannames, welke overigens steeds uitdrukkelijk zullen worden gepresenteerd. Dat wij in de synthese tussen de hierboven genoemde vier varianten voor strafbaarstelling van afreizen naar en/of

verblijven op een terroristisch territorium onderscheiden, is ook met de bedoeling om de zojuist genoemde handicaps zo veel mogelijk te compenseren.

Onderzoek strekt niet tot formuleren conceptstrafbaarstelling
Het onderzoek vraagt om een juridische analyse, afweging en waardering omtrent de vraag in hoeverre kan worden gekomen tot de overwogen gebiedsstrafbaarstelling gelet op in dit verband relevante strafrechtelijke, mensenrechtelijke en volkenrechtelijke parameters. Het onderzoek is dus niet gericht op het formuleren van een conceptstrafbaarstelling. Het is aan de wetgever te bepalen of invoering van een gebiedsstrafbaarstelling wenselijk is. Dat vereist mede rechtspolitieke afwegingen, waarvoor een strafwetenschappelijk onderzoek als dit niet de plaats is. Aan het maken van zodanige afwegingen valt evenmin te ontkomen wanneer men uiteindelijk zou overgaan tot het opstellen van een concrete strafbaarstelling. Dit onderzoek beoogt inzichtelijk te maken of er gelet op de verschillende categorieën parameters ruimte is voor de overwogen gebiedsstrafbaarstelling en zo ja welke grenzen daarbij gelden.

Geen zelfstandige ontwikkeling van uitreisvisumsysteem en geen zelfstandige bespreking van reeds bestaande strafbaarstellingen
Dat de overwogen gebiedsstrafbaarstelling centraal staat, betekent ook – zoals hiervoor al aan de orde kwam – dat dit onderzoek niet is gericht op het zelfstandig uiteenzetten, doordenken en analyseren van de eventuele mogelijkheden omtrent een uitreisverbod of uitreisvisumsysteem. Dat betekent voorts – zoals eveneens is opgemerkt – dat het navolgende geen uitgebreide uiteenzetting en analyse over bestaande delictsbepalingen bevat. De idee van een uitreisvisumsysteem en bestaande strafbaarstellingen worden slechts besproken voor zover dat nodig is ter beoordeling van de gebiedsstrafbaarstelling.

Geen onderzoek naar de handhaafbaarheid van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling
Om verschillende redenen omvat dit onderzoek geen evaluatie van de handhaafbaarheid van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling. Ten eerste zou beantwoording van deze vraag mede een sociaal wetenschappelijke beoordeling vergen, terwijl dit onderzoek op een juridische en rechtswetenschappelijke analyse is gericht (zie ook hierna). Ten tweede is er, zoals opgemerkt, geen concrete en specifieke (concept)strafbaarstelling beschikbaar, zodat in dit stadium in zoverre zelfs niet duidelijk is wat het voorwerp van handhaving is. Daar komt – ten derde – bij dat de mate waarin de strafbepaling aan handhavingsdoelen kan beantwoorden ook afhangt van de vraag wat men met de strafbepaling nastreeft. Gaat het om de mate waarin het mogelijk is eenieder die het strafbaar gestelde delict begaat daarop daadwerkelijk strafrechtelijk aan te spreken (mate van handhaafbaarheid van het materiële strafrecht)? Of gaat het erom dat de autoriteiten mogelijkheden hebben om

personen van wie men weet dat zij naar terroristische gebieden beogen af te reizen of daarvan terugkeren, desgewenst strafvorderlijk aan te houden, te verhoren en te vervolgen (mate van bruikbaarheid van de strafbaarstelling om onder meer de openbare veiligheid via strafvorderlijke middelen te handhaven)? Overigens zal de strafbaarstelling in het laatste geval wellicht in hogere mate aan haar handhavingsdoelen kunnen voldoen dan in het eerste.

Mogelijke uitzonderingen op de strafbaarstelling: toespitsing op de journalist
Wat betreft het voorzien in uitzonderingen op de strafbaarstelling, richt dit boek zich – conform de motie – primair op de journalist. Dat laat onverlet dat er allerlei andere personen in een terroristisch gebied kunnen zijn die daar niet bijdragen aan de terroristische organisatie en die dit ook niet beogen. Te denken valt hier aan bijvoorbeeld:

- bezoekers van familieleden
- zakenlieden en ondernemers
- eigenaren van onroerend goed of andere bezittingen ter plaatse
- personen die financiële belangen in het gebied hebben
- personen die om juridische redenen in het gebied moeten zijn
- personen die bona fide religieuze beweegredenen hebben om in of door het gebied te komen (zoals bezoek aan religieuze leiders, bijwonen belangrijke religieuze gebeurtenissen, pelgrimage naar of door het gebied)
- politici
- archeologen
- wetenschappers
- avonturiers
- vakantiegangers
- quasi journalisten, publicisten en bloggers
- humanitaire hulpverleners
- vertegenwoordigers van niet-gouvernementele mensenrechtenorganisaties
- bemiddelaars bij onder meer ontvoeringen of voor een wapenstilstand.

Deze categorieën personen worden in dit boek niet afzonderlijk behandeld, maar er wordt bij de beoordeling van de strafbaarstelling vanuit de verschillende parameters wel degelijk in beschouwing genomen dat naast de journalist ook allerlei andere personen zonder terroristische bedoelingen of betrokkenheid in de sfeer van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling kunnen vallen.

Staatsterrorisme vormt geen uitdrukkelijk onderdeel van het onderzoek
De overwogen gebiedsstrafbaarstelling betreft het vrijwillig verblijf op een door 'een terroristische organisatie' gecontroleerd grondgebied. De motie en de achterliggende problematiek waarop die ziet, hebben geen betrekking op

zogenoemde 'terroristische staten' noch op zogenoemd staatsterrorisme. Bij staatsterrorisme gaat het om terroristische activiteiten die een staat c.q. de overheid zelf of via anderen tegen een andere staat of haar burgers toepast of tegen haar eigen burgers richt.[17] Ook geen van de huidige veertien antiterrorisme VN-conventies en -protocollen refereert aan staatsterrorisme en ook op de terrorismelijsten van bijvoorbeeld de Verenigde Naties en de Europese Unie staan geen internationaal erkende staten als terroristische organisaties aangemerkt. Daarbij komt dat het dit onderzoek onnodig ondoorzichtig zou maken indien niettemin steeds afzonderlijk zou moeten worden ingegaan op staatsterrorisme. Om deze redenen zal dit dan ook niet gebeuren. Dat neemt niet weg dat de bevindingen en conclusies in dit onderzoek wat betreft de strafrechtelijke en mensenrechtelijke parameters vrijwel zonder uitzondering ook van toepassing zijn indien onder 'terroristische organisatie' in de strafbaarstelling ook terrorisme door overheden zou worden verstaan, terwijl dat wat betreft de volkenrechtelijke parameters a fortiori het geval is.

1.4 HET ONDERZOEK: AARD, METHODOLOGIE EN RECHTSBRONNEN

Zoals reeds uit het voorgaande volgt, is dit onderzoek juridisch en rechtswetenschappelijk van aard. Dit betekent ook dat wij rechtspolitieke afwegingen en standpunten uit de weg gaan. Eventuele persoonlijke opvattingen over de al dan niet wenselijkheid van het invoeren van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling laten wij geen rol en in elk geval geen bewuste rol in dit onderzoek spelen. Dit wil niet zeggen dat dit onderzoek geen afwegingen bevat. Dat is zeker wel het geval. Juist omdat ook beginselen een belangrijke rol in dit onderzoek spelen, valt daaraan niet te ontkomen en dat is overigens ook niet nodig en evenmin wenselijk. Bovendien dwingt ook beantwoording van de hoofdvraag tot het maken van afwegingen. Maar de afwegingen zijn gefundeerd in het recht, zijn ook juridisch ingestoken en zijn zoveel mogelijk helder en open gepresenteerd.

De gehanteerde onderzoeksmethode is klassiek juridisch en betreft dus desk-research. Het onderzoek behelst verzameling, selectie, uitwerking en analyse van relevante bronnen – in het bijzonder: rechtsbronnen – en het op basis daarvan expliciteren van bevindingen en conclusies aangaande de overwogen gebiedsstrafbaarstelling. De daarbij gebruikte rechtsbronnen zijn: relevante rechtswetenschappelijke literatuur op het terrein van primair het strafrecht, de mensenrechten en het volkenrecht; open informatiebronnen, zoals Wikipedia en nieuwswebsites over onder meer terroristische organisa-

17 Zie A. Aust, *Handbook of International Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2010, p. 265; J.P. Jenkins, 'Types of terrorism', *Encyclopædia Britannica* (http://www.britannica.com/topic/terrorism/Types-of-terrorism#ref728295) (laatst bezocht: 1 juli 2015).

ties en terroristische territoria; relevante nationale regelgeving, waaronder het Wetboek van Strafrecht en de Aanwijzingen voor de regelgeving; parlementaire stukken, in het bijzonder Kamerstukken; relevante nationale jurisprudentie, van onder meer de Hoge Raad en van Nederlandse bestuursrechters; internationale regelgeving, vooral het EVRM en het IVBPR alsmede het VN Handvest; relevante internationale jurisprudentie, zoals van het EHRM, het IVBPR Mensenrechtencomité en het Internationaal Gerechtshof (IGH); en andere internationale documenten, zoals resoluties van de VN Veiligheidsraad en de VN Algemene vergadering, documenten van de Europese Unie en het werk van de International Law Commission (ILC).

Wat betreft de verwerking van – nationale en internationale – jurisprudentie is nog van belang dat wij kiezen voor een 'statische' interpretatie, wat wil zeggen dat wij uitgaan van de stand van de rechtsontwikkeling zoals die op dit moment uit die jurisprudentie blijkt. In dit onderzoek wordt dus niet getracht om de mogelijk toekomstige dynamiek in de interpretatie van mensenrechtenverdragen en andere regelgeving in het licht van de 'present-day conditions'[18] in de uitleg van die jurisprudentie te verdisconteren ('dynamische' interpretatie).[19] De statische benadering verdient hier in onze ogen de voorkeur omdat die het minst speculatief is en aldus op het moment van toetsing juridisch het meest zuiver.[20]

1.5 TOT SLOT

Het onderzoek is afgesloten op 1 juli 2015. Ontwikkelingen en informatie van na deze datum spelen dus geen rol in het navolgende.

18 Zie o.a. EHRM (GK) 10 februari 2009, *Zolotukhin/Russia*, nr. 14939/03, *NJ* 2010/36 m.nt. Y. Buruma, r.o. 80 (het verdrag is volgens het EHRM 'a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions').

19 De 'statische' versus 'dynamische' interpretatie is ontleend aan de conclusie van A-G G. Knigge (ECLI:NL:PHR:2009:BH3079) voor HR 30 juni 2009, ECLI:NL:HR:BH3079, *NJ* 2009/350, pnt. 6.5-6.9.

20 Zie ook P.H.P.H.M.C. van Kempen & J. Van de Voort, *Nederlandse antiterrorismeregelgeving getoetst aan fundamentele rechten. Een analyse met meer bijzonder aandacht voor het EVRM*, Nijmegen: NCTb/WODC/Radboud Universiteit 2010, p. 6-7.

2 Strafrechtelijke parameters

Toetsing van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling aan de beginselen van legaliteit, daadstrafrecht en wederrechtelijkheid

2.1 INLEIDING

Centraal in dit onderzoek staat de vraag 'in hoeverre kan worden gekomen tot een passende strafbaarstelling van vrijwillig verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' (hierna ook aangeduid als: de overwogen gebiedsstrafbaarstelling). Voor wat betreft bijvoorbeeld journalisten dient er daarbij op de een of andere manier in 'uitzonderingsmogelijkheden' te worden voorzien, teneinde te voorkomen dat zij strafrechtelijk aansprakelijk zijn vanwege hun vrijwillig verblijf op door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied (de terroristische 'no go zone'). Gelet op de strafrechtelijke aard van deze vraag is het ter beantwoording daarvan allereerst essentieel om in te gaan op enkele strafrechtelijke fundamentele ijkpunten. Onzes inziens verdienen daarbij in het bijzonder het legaliteitsbeginsel, het daadstrafrechtbeginsel en het wederrechtelijkheidsbeginsel nader aandacht.

De toetsing aan deze verschillende strafrechtelijke parameters in dit hoofdstuk heeft – zoals reeds opgemerkt in hoofdstuk 1 – te kampen met een belangrijke handicap. Van een concrete specifieke strafbaarstelling of een conceptvoorstel daartoe was in elk geval bij de aanvang van dit onderzoek geen sprake. Daardoor is het ook niet mogelijk om navolgende toetsing op een specifieke delictsomschrijving en op specifieke delictsbestanddelen te richten. Onvermijdelijk zal die toetsing daardoor tamelijk abstract van aard zijn. Onmogelijk is die echter zeker niet. Duidelijk is immers dat met een delictsomschrijving via bestanddelen uiteindelijk uitdrukking moet kunnen worden gegeven aan verschillende componenten van hetgeen men overweegt strafbaar te stellen.

De belangrijkste 'componenten' van de voorgenomen gebiedsstrafbaarstelling zijn:

1. een 'grondgebied' dat onder 'controle' staat,
2. welke controle door een 'terroristische organisatie' wordt uitgeoefend, en
3. op welk grondgebied sprake is van 'verblijf', welk verblijf 'vrijwillig' is,
4. waarbij geldt dat bijvoorbeeld 'journalisten' van strafrechtelijke aansprakelijkheid onder de overwogen gebiedsstrafbaarstelling dienen te zijn uitgesloten.

Op deze componenten zullen wij hierna nader ingaan. Daarbij rijst voor elk daarvan afzonderlijk alsmede voor de gezamenlijkheid daarvan de vraag hoe deze zich verhouden tot het legaliteitsbeginsel, het daadstrafrechtbeginsel en

het wederrechtelijkheidsbeginsel.[1] Met het navolgende beogen wij de belangrijkste vragen die vanuit deze beginselen ten aanzien van voornoemde componenten afzonderlijk en als geheel rijzen in kaart te brengen. In het verlengde daarvan zal steeds worden bezien of en zo ja in hoeverre en op welke wijze er met in achtneming van het desbetreffende beginsel ruimte is voor een passende strafbaarstelling die voornoemde componenten omvat. Daarbij dient dus wel goed voor ogen te worden gehouden dat de bewoording van een component en de uiteindelijke verwoording van die component in strafbaarstelling niet overeen hoeven te komen. Vele bestaande strafbepalingen illustreren dit. Zo is 'diefstal' de kerncomponent van art. 310 Sr, maar als bestanddeel komt deze term niet terug in de delictsomschrijving, waarin het immers gaat om degene 'die enig goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort wegneemt, met het oogmerk om het zich wederrechtelijk toe te eigenen'. En de kerncomponent 'terroristische organisatie' van art. 140a Sr is in deze bepaling verwoord als 'een organisatie die tot oogmerk heeft het plegen van terroristische misdrijven'. De wijze waarop de overwogen gebiedsstrafbaarstelling uiteindelijk eventueel vorm zou worden gegeven in een delictsomschrijving, kan dus leiden tot afzwakking dan wel versterking van de hierna besproken mogelijkheden en beletselen betreffende een zodanige strafbaarstelling.

2.2 HET LEGALITEITSBEGINSEL

Het legaliteitsbeginsel komt onder meer tot uitdrukking in art. 1 Sr, art. 16 Grondwet en art. 7 EVRM. Het omvat in elk geval de volgende drie vereisten: 1. het gebod dat strafwetgeving – kort gezegd – voldoende duidelijk moet zijn geformuleerd en toegankelijk moet zijn, 2. het verbod van terugwerkende kracht van reeds bestaande strafbaarstellingen en sanctienormen, en 3. het verbod van al te extensieve interpretatie en toepassing van strafbaarstellingen en sanctienormen.[2] Hoewel deze vereisten bij elke strafbaarstelling acute relevantie kunnen hebben – en dus ook bij een bepaling die 'het vrijwillig verblijf op door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' strafbaar stelt – is het eerste vereiste het meest relevant in de fase waarin wordt bezien of invoering van een bepaalde strafbaarstelling moge-

1 Hierbij zijn soms ook mensenrechten van belang. Zo is het legaliteitsbeginsel naast een fundamenteel strafrechtelijk beginsel ook een mensenrecht. Om die reden steunen sommige onderdelen van dit hoofdstuk mede op jurisprudentie van het EHRM. Zie over de aard en beperkingen van de daarop toegepaste onderzoeksmethodologie paragraaf 3.1 (Inleiding) en voorts paragraaf 1.4 (Het onderzoek: aard, methodologie en rechtsbronnen).

2 Zie o.a. J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 80-108.

lijk en wenselijk is. Dit vereiste richt zich het meest nadrukkelijk tot de wetgever en het vormt dan ook het uitgangspunt voor navolgende behandeling. Voor de betekenis van het vereiste – ook wel het bepaaldheidsgebod, *Bestimmtheitsgebot* of *lex certa-beginsel* genoemd – baseren wij ons op zowel art. 1 Sr als art. 7 EVRM. In het verlengde daarvan komt voor elk van de vier voormelde componenten aan de orde hoe deze zich tot de uit het lex certa-beginsel voortvloeiende vereisten verhoudt.

2.2.1 Duidelijk geformuleerde normen en voorzienbare strafbaarheid: lex certa-beginsel

Wat vereist het lex certa-beginsel? Omdat deze vraag vanuit art. 1 Sr niet tot exact hetzelfde antwoord leidt als vanuit art. 7 EVRM, komen het Nederlandse en het Straatsburgse regiem nu eerst afzonderlijk aan bod.

Lex certa ingevolge art. 1 Sr

'Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling', aldus art. 1 lid 1 Sr en ook art. 16 Grondwet.[3] Deze bepaling stelt niet uitdrukkelijk eisen aan de kwaliteit van de voorafgaande wettelijke strafbepaling, maar mede gezien de ratio ervan – onder meer: rechtszekerheid, tegen gaan van willekeur, de rechtstaatgedachte – worden deze er onvermijdelijk wel in gelezen door de wetgever, de rechtspraak en de strafrechtswetenschap. Alle erkennen het *lex certa*-beginsel als onderdeel van het gecodificeerde legaliteitsbeginsel.[4/5]

Wat betreft de wetgever is onder meer relevant dat er in de nota *Zicht op wetgeving* op wordt gewezen dat indien wordt gekozen voor strafrechtelijk te sanctioneren bepalingen 'de formulering van de elementen van de delicts-

---

3 Mede erop gelet dat art. 1 lid 1 Sr en art. 16 Grondwet (Gw) gelijkluidend zijn, terwijl het ook de bedoeling was van de Grondwetgever om aan te sluiten bij eerstgenoemde bepaling (zie ook J.S. Nan, *Het lex certa-beginsel* (diss. Tilburg), Den Haag: SdU 2011, p. 119-124), is navolgende uiteenzetting over art. 1 Sr in beginsel ook van toepassing voor art. 16 Grondwet; zie ook T. Kooijmans, 'Commentaar artikel 16 van de Grondwet – Nulla Poena', in: E.M.H. Hirsch Ballin & G. Leenknegt (red.), *Wetenschappelijk commentaar op de Nederlandse Grondwet*, webeditie, maart 2013, p. 2, 5 en 6 (op: http://www.nederlandrechtsstaat.nl/grondwet/artikel.html?artikel=16&categorie=&auteur=&trefwoord=&1=1##artikel16 (laatst bezocht: 1 juli 2015), die voor de bespreking van art. 16 Gw evenzeer leunt op de rechtspraak en literatuur over art. 1 Sr. Dit heeft ook te maken met het feit dat er als gevolg van het toetsingsverbod van art. 120 Gw nauwelijks jurisprudentie is die direct ziet op art. 16 Gw; zie ook P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt, 'Handhaving van voorschriften in de Engelse taal met inachtneming van het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2013, p. 224-233.

4 Zie nader J.S. Nan, *Het lex certa-beginsel* (diss. Tilburg), Den Haag: Sdu 2011, p. 233-241.

5 Alle cursiveringen in de citaten hierna zijn van ons, PHvK & MF.

omschrijving bijzonder veel zorg' vereist. 'Vage en te complexe delictsomschrijvingen leiden immers niet alleen tot rechtsonzekerheid, maar bieden ook onvoldoende mogelijkheden voor een succesvolle strafvervolging.'[6] Wetgeving dient volgens de nota 'eenvoudig, duidelijk en toegankelijk' te zijn. Een en ander betekent dat de wet (niet alleen formeel, maar ook) materieel toegankelijk moet zijn en dat deze aldus niet te ingewikkeld, niet ondoorzichtig en niet te gedetailleerd mag zijn, maar juist uit heldere en eenvoudige formuleringen dient te bestaan.[7] Voorts bepaald Aanwijzing 144 van de Aanwijzingen voor de regelgeving: 'Door sancties te handhaven bepalingen worden zo nauwkeurig mogelijk geformuleerd.' Volgens de toelichting op deze aanwijzing is 'de *rechtszekerheid* van groot belang' in het bijzonder bij sanctiebepalingen en moet de burger 'uit de bepalingen *precies kunnen afleiden* in welke gevallen een gedraging tot toepassing van een sanctie kan leiden.'[8] In kamerstukken komt verder naar voren dat het lex certa-beginsel 'vereist dat de delictsomschrijving van een strafbepaling *zo precies* en *zo beperkt mogelijk* is'[9] en dat 'delictsomschrijvingen voldoende *duidelijk* en *toegespitst* moeten zijn om de rechtsgenoten in staat te stellen hun gedrag daarop af te stemmen'.[10]

Volgens de Hoge Raad houdt het zogenaamde bepaaldheidsgebod in dat de burger moet kunnen weten ter zake van welke gedragingen hij kan worden gestraft. Aldus mag van de wetgever 'worden verlangd dat hij met het oog daarop op een *zo duidelijk mogelijke* wijze delicten omschrijft'.[11] De Hoge Raad wijst er dan ook op dat het onvermijdelijk is 'dat wetgever soms met een zekere vaagheid, bestaande in het bezigen van algemene termen, delicten omschrijft om te voorkomen dat gedragingen die strafwaardig zijn buiten het bereik van de delictsomschrijving vallen'. Bovendien kunnen 'delictsomschrijvingen anders te verfijnd worden met als gevolg dat de *overzichtelijkheid* wegvalt en daarmee het belang van de *algemene duidelijkheid* van de wetgeving schade lijdt'. Ondanks dat een zekere vaagheid soms onvermijdelijk is, lijkt als meer absolute ondergrens de eis te gelden dat 'voorschriften *voldoen-*

6 *Kamerstukken II* 1990-1991, 22 008, nr. 2, p. 28 (Beleidsplan Zicht op wetgeving).

7 Idem, p. 8, 23, 28 (Beleidsplan Zicht op wetgeving).

8 Circulaire van de Minister-President van 18 november 1992 (*Stcrt*. 1992/230), laatstelijk gewijzigd per 11 mei 2011 (*Stcrt*. 2011/6602).

9 *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 051, nr. 4, p. 9 (Advies Raad van State, Initiatief wetsvoorstel verruiming vrijheid van meningsuiting).

10 *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 051, nr. 3, p. 4 (MvT, Initiatief wetsvoorstel verruiming vrijheid van meningsuiting).

11 HR 21 oktober 2000, *NJ* 2001/14 (Krulsla-arrest; in casu geen schending lex certa-beginsel); daarover nader M.S. Groenhuijsen & F.G.H. Kristen, 'Het Bestimmtheitsgebot bepaald', *DD* 2001, p. 330-346.

de concreet zijn om de betrokkene in staat te stellen zijn gedrag daarop af te stemmen'.[12]

Tot slot een greep uit de belangrijkste Nederlandse literatuur. Volgens De Hullu vraagt het lex certa-beginsel om '*precies geformuleerde* en *goed toegankelijke* wetgeving'.[13] In Noyon/Langemeijer/Remmelink is *duidelijkheid* het kernvereiste.[14] Dat geldt ook voor Kelk & De Jong, zij het dat zij eraan toevoegen dat de delictsomschrijving zo *sober* mogelijk moet zijn geformuleerd waarbij de vormgeving en de redactie van de strafbepaling op een *consistente techniek* dienen te steunen, zodat de tekst ervan *niet te ingewikkeld* is en deze bovendien een *heldere begrenzing* van de strafbaarheid inhoudt.[15] Hazewinkel-Suringa/Remmelink stelt dat de wetgever de plicht heeft 'strafbaarstellingen *zo nauwkeurig mogelijk* te omschrijven',[16] en dat is ook waar De Jong & Knigge de nadruk op leggen.[17] Volgens Groenhuijsen 'moeten de verboden gedragingen in de delictsomschrijvingen *duidelijk* en *precies* worden beschreven' krachtens het lex certa-beginsel, omdat anders 'de raison d'être van het legaliteitsbeginsel in de praktijk gemakkelijk en volledig [kan] worden ondermijnd door de materiële regelgeving aan de uitvoerende of rechterlijke macht te delegeren'.[18] Bij Borgers gaat het erom dat 'de wetgever dient te voorzien in een *duidelijke* en *concrete* formulering'.[19] Nan stelt tot slot dat het beginsel inhoudt 'dat bepalingen omtrent strafbaarheid en sancties *voldoende duidelijk* dienen te zijn voor de overgrote meerderheid van de gevallen.'[20] Hieruit leidt hij vijf nadere eisen af: een strafbaar feit dient te worden omschreven door een *wettelijke* strafbepaling, die in het *Nederlands* is geschreven en waarin ook ten opzichte van andere strafbepalingen sprake is van een *consistente termino-*

---

12 HR 18 januari 2005, *NJ* 2006/11, r.o. 3.4; zo ook HR 4 oktober 2005, ECLI HR:2005: AT3643, r.o. 5.3; en soortgelijk HR 30 juni 2009, NJ 2009/481 m.nt. Keijzer, r.o. 5.3 (Frans van A.).

13 J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 80-108.

14 J.W. Fokkens, in: J.W. Fokkens & A.J. Machielse (red.), *Noyon/Langemeijer/Remmelink, Wetboek van Strafrecht*, comm. op art. 1 Sr, aant. 4 (bewerking: 1 november 2006).

15 C. Kelk & F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 107-108.

16 J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 486.

17 D.H. de Jong & G. Knigge, *Van Bemmelen/Van Veen, Ons strafrecht deel I: Het materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 35.

18 M.S. Groenhuijsen, *Straf en wet. Beschouwingen over de betekenis van het legaliteitsbeginsel in het hedendaagse strafrecht, tegen de achtergrond van actuele legitimatieproblemen* (oratie Tilburg), Arnhem : Gouda Quint 1987, p. 15.

19 M.J. Borgers, 'De communicatieve strafrechter', in: *Controverses rondom legaliteit en legitimatie* (Handelingen NJV, 2011-1), Deventer: Kluwer 2011, p. 106.

20 J.S. Nan, *Het lex certa-beginsel* (diss. Tilburg), Den Haag: SdU 2011, p. 254, 255.

logie en een *eenvoudige taalstructuur*, terwijl *zo min mogelijk gelede normstelling* moet worden gebruikt.

Uit de Nederlandse wetsgeschiedenis, cassatierechtspraak en strafrechtsliteratuur komt wat betreft het lex certa-beginsel als kernvereiste naar voren dat strafbaarstellingen *zo duidelijk mogelijk* dienen te zijn geformuleerd. Daarnaast is er erkenning dat het lex certa beginsel ook een *specificiteitsvereiste* veronderstelt: strafbaarstellingen dienen beperkt, begrensd en toegespitst te zijn. Met het oog op vooral het duidelijkheidsvereiste dient te worden gestreefd naar formuleringen die eenvoudig, toegankelijk, concreet, precies, nauwkeurig en consistent zijn. Daarentegen dienen vage, gecompliceerde, te gedetailleerde en ondoorzichtige strafbaarstellingen waar mogelijk juist te worden vermeden. De clausule 'zo duidelijk mogelijk' brengt tot uitdrukking dat het vereiste in die zin relatief is dat de mate waarin duidelijkheid valt te verschaffen afhankelijk is van de strafbaar te stellen gedragingen. Soms is het gebruik van meer algemene of open begrippen ook wenselijk of zelfs noodzakelijk.[21] Dat wil niet zeggen dat er niet een meer absolute ondergrens van toepassing is voor wat toelaatbaar is. Als zodanig lijkt te gelden dat delictsomschrijvingen een dusdanige kwaliteit dienen te hebben dat zij burgers in staat te stellen hun gedrag daarop af te stemmen. Oftewel: het moet voldoende voorzienbaar zijn welk gedrag onder welke omstandigheden tot strafrechtelijke aansprakelijkheid kan leiden.

Lex certa ingevolge art. 7 EVRM

Ook in art. 7 EVRM komt het lex certa-beginsel niet uitdrukkelijk naar voren, maar voor deze bepaling geldt eveneens dat het beginsel wordt geacht eruit voort te vloeien.[22] Waar de uit art. 1 Sr afgeleide lex certa-eisen echter primair de wetgeving betreffen, is voor art. 7 EVRM veeleer het recht ('the law') als geheel relevant, waartoe naast de wetgeving vooral ook de rechtspraak behoort.[23] Daarbij legt het EHRM het bepaaldheidsgebod uit vanuit het belang bij voorzienbaarheid en het voorkomen van arbitraire vervolgingen, veroordelingen en bestraffingen.[24]

Volgens vaste rechtspraak van het EHRM volgt uit art. 7 EVRM dat strafbare feiten *duidelijk* in het recht moeten worden gedefinieerd ('clearly defined

21 Zie nader bijvoorbeeld J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 91-95.

22 Zie recent EHRM (GK) 27 januari 2015, *Rohlena/The Czech Republic*, nr. 59552/08, *EHRC* 2015/94 m.nt. Timmerman, r.o. 50, onder verwijzing naar EHRM (GK) 21 oktober 2013, *Del Río Prada/Spain*, nr. 42750/09, *EHRC* 2014/32 m.nt. Van Sasse van Ysselt, r.o. 79; zie voorts bijv. EHRM (GK) 17 mei 2010, *Kononov/Latvia*, nr. 36376/04, r.o. 185; EHRM 25 juni 2009, *Liivik/Estonia*, nr. 12157/05, r.o. 92-93.

23 EHRM 11 april 2013, *Vyerentsov/Ukraine*, nr. 20372/11, r.o. 63: "the 'law' is the provision in force as the competent courts have interpreted it".

24 *Del Río Prada*, *a.w.*, r.o. 77, 91-93; *Kononov*, *a.w.*, r.o. 185; *Liivik*, *a.w.*, r.o. 92.

by law').[25/26] Aan dit vereiste is voldaan wanneer het individu ingevolge de bewoordingen van de relevante bepaling kan vaststellen welke handelingen en nalatigheden hem strafrechtelijk aansprakelijk maken en welke straf daarop van toepassing is.[27] Zo nodig zal daarbij ook moeten worden gekeken naar de interpretatie van de bepaling in de rechtspraak en/of zal daartoe adequaat juridisch advies moeten worden ingewonnen. Het EHRM erkent bovendien dat er altijd behoefte zal zijn aan verheldering van twijfelachtige punten en aan bijstelling vanwege wijzigende omstandigheden. Om die reden zal rechterlijke interpretatie van een strafbepaling altijd onvermijdelijk zijn, zelfs indien de formulering ervan zeer duidelijk is. In veel gevallen is het echter niet mogelijk zodanige duidelijkheid in een wettelijke bepaling te bieden. Het Hof accepteert dan ook dat veel bepalingen onherroepelijk termen bevatten die *vaag, algemeen* of *onprecies* zijn en waarvan de interpretatie en toepassing nader in de praktijk moeten kunnen worden bepaald. Artikel 7 EVRM verzet zich er dan ook niet tegen dat de betekenis van strafbepalingen van zaak tot zaak geleidelijk wordt verduidelijkt door rechterlijke interpretatie. Hierbij geldt echter wel een absolute ondergrens: de uitleg of toepassing van een strafbepaling zal moeten overeenstemmen met de essentie van de strafbaarstelling en zal vooraf redelijkerwijs voorzienbaar moeten zijn geweest.[28] In de eerste plaats impliceert deze 'voorzienbaarheid'-rechtspraak aldus vereisten die de bewoordingen van de strafbepaling betreffen: een strafbaar feit moet *duidelijk* in de wet worden gedefinieerd. Anders gezegd: de in een strafbepaling gebruikte formuleringen en termen mogen niet dusdanig *vaag* of *onprecies* zijn dat *onvoorzienbaar* is welke gedragingen of nalatigheden tot strafrechtelijke aansprakelijkheid kunnen leiden.[29] Overigens kan deze eis onzes inziens niet tot slechts de gedraging (handelen of nalaten) beperkt zijn. Wanneer een bepaling een gedraging via aanvullende bestanddelen slechts onder bepaalde omstandigheden strafbaar stelt, zal ook vol-

25 *Del Río Prada*, *a.w.*, r.o. 79; *Kononov*, *a.w.*, r.o. 185; *Liivik*, *a.w.*, r.o. 93.

26 Deze alinea is mede ontleend aan P.H.P.H.M.C. van Kempen & J. Van de Voort, *Nederlandse antiterrorismeregelgeving getoetst aan fundamentele rechten. Een analyse met meer bijzondere aandacht voor het EVRM*, Nijmegen: NCTb/WODC/Radboud Universiteit 2010, p. 14-15.

27 EHRM (GK) 21 oktober 2013, *Del Río Prada/Spain*, nr. 42750/09, EHRC 2014/32 m.nt. Van Sasse van Ysselt, r.o. 79; EHRM (GK) 17 mei 2010, *Kononov/Latvia*, nr. 36376/04, r.o. 185; EHRM 25 juni 2009, *Liivik/Estonia*, nr. 12157/05, r.o. 93.

28 *Del Río Prada*, *a.w.*, r.o. 92-93; *Kononov*, *a.w.*, r.o. 185; *Liivik*, *a.w.*, r.o. 94. Aan deze eis was voldaan in bijv. EHRM 30 maart 2004, *Radio France/France*, nr. 53984/00, r.o. 20; EHRM 25 juli 2013, *Khodorkovskiy and Lebedev/Russia*, nr. 11082/06, r.o. 821: "The applicants may have fallen victim to a novel interpretation […], but it was based on a reasonable interpretation […] and 'consistent with the essence of the offence'."

29 Zie o.a. EHRM 1 februari 2005, *Raichinov/Bulgaria*, nr. 47579/99, r.o. 3; *Del Río Prada*, *a.w.*, r.o. 79.

doende voorzienbaar moeten zijn onder welke omstandigheden de gedraging tot strafrechtelijke aansprakelijkheid kan leiden. Of dat het geval is dient men volgens het EHRM te beoordelen in het licht van de inhoud van de hele bepaling of zelfs regeling waarin de termen of formuleringen voorkomen. Ook het onderwerp waarop de bepaling betrekking heeft en het aantal en de status van degene tot wie de bepaling zich richt zijn daartoe van belang.[30] Uiteindelijk telt daarvoor echter niet alleen de wet: zoals gezegd dient ook te worden gekeken naar eerdere rechterlijke interpretaties daarvan. En datzelfde geldt voor onder meer toelichtingen in parlementaire stukken, een gevestigde (bestuurs-) praktijk, internationale regelgeving en rechtspraak, en zelfs juridische literatuur.[31]

Het EHRM neemt niet gemakkelijk aan dat een in de wet gebruikte term of formulering te vaag, te ruim, te algemeen of te onprecies is en dat strafwetgeving om die reden in strijd is met het lex certa-beginsel van art. 7 EVRM. Gelet op de wijze waarop het Hof deze bepaling operationaliseert, ligt het ook niet gauw voor de hand dat strafwetgeving reeds op zichzelf in strijd komt met dit lex certa-beginsel. De toepassing daarvan door het EHRM richt zich immers veeleer direct op de vraag of in het specifieke geval is voldaan aan het centraal gestelde belang (te weten: voorzienbaarheid) dan dat het Hof heldere kwaliteitseisen stelt aan het instrument waarmee dit belang dient te worden verwezenlijkt (te weten: de strafbaarstelling). Daarbij komt dan nog dat het Hof voor die voorzienbaarheid zoals opgemerkt niet alleen kijkt naar de strafwetgeving, maar uitdrukkelijk ook naar onder meer de rechtspraak die daarover nadere duidelijkheid verschaft. Vage wetgeving kan dus vanwege verduidelijkende rechtspraak in overeenstemming worden bevonden met het lex certa-beginsel van artikel 7 EVRM. Ook daarom kan strafwetgeving niet gauw reeds op zichzelf een schending meebrengen van dit beginsel. Onmogelijk is dat echter niet, zo toont de zaak *Vyerentsov/Ukraine*.[32] Daarin gaat het om een strafrechtelijke veroordeling wegens het in strijd handelen met de procedure inzake het houden van demonstraties. Het hof stelt vast dat als gevolg van het ontbreken van duidelijke en voorzienbare regelgeving over het houden van vreedzame demonstraties, de veroordeling en bestraffing van klager voor het schenden van de – aldus niet bestaande – procedure onverenigbaar was met artikel 7 van het verdrag. Vaker komt het echter voor dat het wat betreft duidelijkheid tekortschieten van strafwet-

30 EHRM 22 oktober 1996, *Cantoni/France*, nr. 17862/91, r.o. 35; EHRM 6 juli 2010, *Van Anraat/The Netherlands*, nr. 65389/09, *NJ* 2011/487 m.nt. Klip, r.o. 81.

31 Zie bijv. EHRM 3 mei 2007, *Custers, Deveaux and Turk/Denmark*, nr. 11843/03, r.o. 85, 88; EHRM, *Van Anraat*, *a.w.*, o.a. r.o. 88, 94; EHRM 7 december 2006, *Van der Velden/The Netherlands*, nr. 29514/05, r.o. 1; EHRM (GK) 19 september 2008, *Korbely/Hungary*, nr. 9174/02, *NJ* 2010/165 m.nt. Reijntjes, o.a. r.o. 82-83.

32 EHRM 11 april 2013, *Vyerentsov/Ukraine*, nr. 20372/11, r.o. 62-67.

geving meer indirect tot vaststelling van een verdragsschending leidt. Doorgaans onthoudt het EHRM zich namelijk van het oordeel of een strafbepaling als zodanig voldoet aan de eisen van het beginsel, maar de onduidelijkheid van de strafbepaling kan dan wel mede reden zijn om de vervolging, veroordeling en/of bestraffing als onvoldoende voorzienbaar aan te merken.[33] Het gaat dan dus niet zo zeer om de strafbaarstelling als zodanig maar meer om de daarmee samenhangende wijze van toepassing ervan. In dat geval is uiteindelijk toch sprake van een schending van het op 'the law' gerichte lex certa-beginsel van art. 7 EVRM. Anders gezegd: doordat onder 'the law' niet alleen wetgeving valt maar ook onder meer rechtspraak, is voor de toets of 'the law' in overeenstemming met het uit het lex certa-beginsel voortvloeiende voorzienbaarheidsvereiste is, niet alleen de strafbaarstelling op zichzelf relevant maar ook hoe die in de rechtspraak in het algemeen en tot op zekere hoogte ook hoe die in het concrete geval wordt toegepast. De rechtspraak kan in deze benadering dus mede invulling geven aan de eisen van lex certa. Nog anders gezegd: het concept van 'the law' zorgt ervoor dat het klassiek op de wetgever gerichte lex certa-beginsel en het klassiek tot de rechter gerichte verbod van te extensieve interpretatie elkaar enigszins overlappen in de rechtspraak van het EHRM.

Ondertussen is het voorgaande uiteraard ook ervan afhankelijk of 'the law' voldoende toegankelijk is voor eenieder waarvoor het strafrechtelijk verbod geldt (het vereiste van 'accessibility'). Officiële publicatie van een strafwet vervult deze voorwaarden normaal gesproken.[34]

Conclusie lex certa-beginsel: duidelijkheid, specificiteit en voorzienbaarheid

Nederland is gebonden aan zowel art. 1 Sr als art. 7 EVRM. Gezamenlijk vereisen deze bepalingen vooral dat strafbaarstellingen zo duidelijk mogelijk zijn geformuleerd (duidelijkheidsvereiste) en tot op zekere hoogte aldus ook dat ze beperkt en toegespitst zijn (specificiteitsvereiste). Als meer absoluut

---

33 Daarvan is bijvoorbeeld sprake in EHRM 16 september 2014, *Plechkov/Roumanie*, nr. 1660/03, r.o. 64-76 (alleen in het Frans); EHRM 22 januari 2013, *Camilleri/Malta*, nr. 42931/10, r.o. 39-45; EHRM (GK) 21 oktober 2013, *Del Río Prada/Spain*, nr. 42750/09, *EHRC* 2014/32 m.nt. Van Sasse van Ysselt, r.o. 94-118; EHRM 25 juni 2009, *Liivik/Estonia*, nr. 12157/05, r.o. 96-104.

34 Zie EHRM 25 januari 2005, *Karademirci/Turkey*, nr. 37096/97, r.o. 36 (deze uitspraak ziet op de toegankelijkheid van 'the law' in de zin van art. 10 lid 2 EVRM in plaats van art. 7 EVRM, maar deze is hier toch zonder meer relevant aangezien de kwalitatieve voorwaarden van 'accessibility' en 'foreseeability' voor beide bepalingen in beginsel op dezelfde wijze worden ingevuld; zie o.a. EHRM (GK) 17 mei 2010, *Kononov/Latvia*, nr. 36376/04, r.o. 185). Zie ook EHRM (GK) 19 september 2008, *Korbely/Hungary*, nr. 9174/02, *NJ* 2010/165 m.nt. Reijntjes, r.o. 75; EHRM 8 juni 2004, *Hilda Hafsteinsdottir/Iceland*, nr. 40905/98, r.o. 51-56 (niet aan toegankelijkheidsvereiste voldaan in zaak over art. 5 EVRM).

vereiste geldt daarbij dat het individu in staat moet zijn om op basis van de – in wet en rechtspraak tot uitdrukking komende – strafbaarstelling vast te stellen welke handelingen en nalatigheden onder welke omstandigheden tot strafrechtelijke aansprakelijkheid kunnen leiden (voorzienbaarheidsvereiste). Het dient dus voorzienbaar te zijn wanneer een strafbaarstelling tot toepassing kan komen. Hoewel het duidelijkheidsvereiste en het voorzienbaarheidsvereiste sterk met elkaar samenhangen, zal er hierna veelal meer zelfstandig aan worden getoetst, teneinde relevante argumenten beter in beeld te krijgen.

2.2.2 Lex certa en componenten I: controle van een grondgebied

Bij een strafbepaling die 'het vrijwillig verblijf op door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' strafbaar beoogt te stellen, roepen vooral de componenten 'controle' van een 'grondgebied' enkele moeilijke vragen vanuit het lex certa-beginsel op. De – met elkaar samenhangende – onderwerpen die wij hierna behandelen zijn de volgende:

- Wat houden de begrippen 'controle' en 'grondgebied' taalkundig in? Voldoen deze begrippen op zichzelf aan de door het lex certa-beginsel vereiste duidelijkheid?
- Wanneer is juridisch sprake van een 'grondgebied' dat onder controle staat? Dus aan welke voorwaarden dient te zijn voldaan om van een grondgebied te kunnen spreken? Beantwoorden die voorwaarden aan het lex certa-beginsel en is voldoende helder, kenbaar en voorzienbaar wanneer men feitelijk op een grondgebied verblijft dat onder controle staat van een terroristische organisatie?
- Wanneer is juridisch sprake van 'controle' van een grondgebied? Dus aan welke voorwaarden dient te zijn voldaan om van controle te kunnen spreken? Beantwoorden die voorwaarden aan het lex certa-beginsel en is voldoende helder, kenbaar en voorzienbaar wanneer in een gebied feitelijk van zodanige controle sprake is?

Wat betreft het duidelijkheidsvereiste telt dat de begrippen 'controle' en 'grondgebied' een tamelijk omlijnde betekenis in het algemeen spraakgebruik hebben. Volgens Van Dale Groot woordenboek der Nederlandse taal betekent controle volgens de hier meest relevante uitleg: 'beheersing: onder controle hebben, in bedwang hebben, meester zijn van'. Bij een grondgebied gaat het om: 'een uitgestrekt stuk grond waarover gezag wordt uitgeoefend (een rijk, een heerlijkheid, een jurisdictie, enz.)'. Als zodanig zijn deze begrippen daarmee taalkundig niet essentieel vager, algemener, minder precies, of minder concreet dan door het EHRM – in de context van concrete zaken –

toelaatbaar geachte termen als 'obscene',[35] 'degrading for the honour or the dignity',[36] 'depicting the private life',[37] 'medicinal product'[38] en 'place not freely accessible'.[39/40] In zoverre hoeft het gebruik van 'controle' en 'grondgebied' – of andere verwoordingen van hetgeen dat deze termen aanduiden – in een strafbepaling als zodanig niet op het lex certa-beginsel af te stuiten.

Dat een strafbaarstelling zo duidelijk mogelijk is geformuleerd impliceert nog niet per se dat ook steeds voorzienbaar is welk gedrag onder welke omstandigheden tot strafrechtelijke aansprakelijkheid kan leiden. Zo kan een formulering in abstracto een tamelijk duidelijke taalkundige betekenis hebben, terwijl het in een specifieke feitelijke context toch onduidelijk is voor een individu of bepaald gedrag binnen de formulering valt. Wanneer kan men bijvoorbeeld spreken van controle door een terroristische organisatie over een tot een of meerdere andere staten behorend territorium waar oorlogshandelingen tussen verschillende partijen plaatsvinden en waar de positie van die partijen op dat territorium voortdurend verandert? Deze vraag toont ook dat de betekenis van deze begrippen voorts niet strikt taalkundig kan worden bepaald, maar mede afhankelijk kan zijn van onder meer juridische constructies en juridische kwalificaties van een feitelijke situatie. Daarmee kan dan ook de vraag rijzen of voldoende helder, kenbaar en voorzienbaar is dat en waar men in dat territorium binnen het bereik van de strafbepaling kan vallen. Om die reden is het nuttig nu stil te staan bij de betekenis die volgens het internationaal publiekrecht aan 'controle van een grondgebied' zou kunnen worden gegeven.

Hoewel dit onderzoek niet uitdrukkelijk betrekking heeft op zogenoemd staatsterrorisme,[41] is het toch nuttig kort stil te staan bij de criteria die gelden om vast te stellen of sprake is van een staat. Enkele van die criteria zijn namelijk bruikbaar om mede invulling te geven aan de componenten door een terroristische organisatie 'gecontroleerd grondgebied'. Volgens die criteria geldt de beschikking over een territorium als een constitutieve voorwaarde om over een staat te kunnen spreken,[42] maar het is niet de enige voorwaarde daarvoor. In overeenstemming met de Montevideo Convention on the Rights

35 EHRM 24 mei 1988, *Müller/Zwitserland*, nr. 10737/84, NJ 1991/685 m.nt. Alkema, r.o. 29.

36 EHRM 1 februari 2005, *Raichinov/Bulgaria*, nr. 47579/99, r.o. 4.

37 EHRM 6 april 2010, *Flinkkilä/Finland*, nr. 25576/04, r.o. 63-68 en 94.

38 EHRM 22 oktober 1996, *Cantoni/France*, nr. 17862/91, r.o. 32-36.

39 EHRM 3 mei 2007, *Custers, Deveaux and Turk/Denmark*, nr. 11843/03, r.o. 78-98.

40 Zie voor deze en andere begrippen iets uitgebreider P.H.P.H.M.C. van Kempen & J. Van de Voort, *Nederlandse antiterrorismeregelgeving getoetst aan fundamentele rechten. Een analyse met meer bijzonder aandacht voor het EVRM*, Nijmegen: NCTb/WODC/Radboud Universiteit 2010, p. 15-16.

41 Zie nader paragraaf 1.3 (Het onderzoek: handicaps en beperkingen).

42 G. Boas, *Public International Law. Contemporary Principles and Perspectives*, Cheltenham, UK/Northampton, USA: Edward Elgar Publishing 2012, p. 180.

and Duties of States van 1933 – welke wel als neerslag van internationaal gewoonterecht ('customary international law') wordt aangemerkt[43] – worden doorgaans vier eisen erkend.[44] Naast 1. een (tot op zekere hoogte[45]) afgebakend territorium moet sprake zijn van 2. een permanente bevolking, 3. die onder controle van de overheid staat, terwijl 4. het vermogen aanwezig is om in formele relaties met andere staten te treden.[46] Om van een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied te kunnen spreken, hoeft niet aan alle vier de voorwaarden te zijn voldaan, aangezien dit onderzoek zich richt op organisaties die geen internationaal erkende staat zijn. In het bijzonder het territoriumcriterium en het controlecriterium zijn hier echter wel relevant. Daarover het volgende.

Allereerst het vereiste betreffende *territorium* oftewel grondgebied. Het begrip territorium betreft niet alleen taalkundig maar ook juridisch een geografisch concept. Het omvat onder meer land, subterrestrisch (ondergronds) terrein, rivieren, meren, riffen, rotsen, eilanden, territoriale zee en het luchtruim.[47] Op een territorium kan volkenrechtelijk een van vier mogelijke regiems van toepassing zijn: 1. territoriale soevereiniteit; 2. res nullius (territorium dat nog niet onder territoriale soevereiniteit is geplaatst); 3. res communis (territorium dat niet geschikt is om onder territoriale soevereiniteit te worden geplaatst, zoals de volle zee, exclusieve economische zones en de

43 Zie D.J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, London: Sweet and Maxwell 2004, p. 99; zie ook T.D. Grant, 'Defining Statehood: The Montevideo Convention and its Discontents', *Columbia Journal of Transnational Law* 1999, vol. 37, p. 403-457, waarin wordt erkend dat de Montevideo Convention 'is the most widely accepted source as to a definition of statehood' (p. 403; zie ook 408), maar waarin evenzeer wordt betoogd dat de vier criteria in bepaalde opzichten te ruim zijn en in andere te eng. Hier kan die discussie echter buiten beschouwing blijven.

44 Zie o.a. G. Boas, *Public International Law. Contemporary Principles and Perspectives*, Cheltenham, UK/Northampton, USA: Edward Elgar Publishing 2012, p. 156-157, 161-162; H. Borowski & I. Fuchs, 'Weak States and Terrorist Organizations: A Proposed Model of Intervention', *Minnesota Journal of International Law* 2012, vol. 21, p. 178-180; A. Aust, *Handbook of International Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2010, p. 15; D.A. Ijalaye, 'Was "Biafra" at Any Time a State in International Law?', *American Journal of International Law* 1971, vol. 65, p. 551-552.

45 Zie D.A. Ijalaye, 'Was "Biafra" at Any Time a State in International Law?', *American Journal of International Law* 1971, vol. 65, p. 551-552.

46 Art. 1 van de Montevideo Convention on the Rights and Duties of States van 1933 luidt: 'The State as a person of international law should possess the following qualifications: (a) a permanent population; (b) a defined territory; (c) government; and (d) capacity to enter into relations with other States'.

47 Aldus G. Boas, *Public International Law. Contemporary Principles and Perspectives*, Cheltenham, UK/Northampton, USA: Edward Elgar Publishing 2012, p. 181.

kosmische ruimte); en 4. territorium dat niet onder de soevereiniteit van een staat valt maar een zelfstandige status bezit (zoals mandaatgebieden).[48]

Op zichzelf kan een grondgebied dat door een terroristische organisatie wordt gecontroleerd onder elk van deze vier varianten vallen. In de meeste gevallen zal het gaan om een grondgebied in de zin van de eerste optie: territoriale soevereiniteit. Het is dan niet de terroristische organisatie die deze territoriale soevereiniteit uitoefent (anders zou zich immers al gauw de situatie voordoen dat die terroristische organisatie een staat is), het gaat er dan om dat die organisatie de controle heeft over een grondgebied dat aan een andere entiteit – te weten een staat – toebehoort.[49] Van belang is hier namelijk dat wanneer eenmaal een staat is gevestigd, die staat niet de status van soevereine staat ('statehood') verliest als gevolg van een militaire bezetting van haar grondgebied, een daarop plaatsvindende burgeroorlog of het verworden tot zwakke staat ('weak state') of mislukte staat ('failed state').[50] Kortom: het is mogelijk dat een terroristische organisatie feitelijk de controle uitoefent over een grondgebied dat formeel niet tot die organisatie behoort maar toebehoort aan een soevereine staat. Zo bezet Islamitische Staat (IS) thans (2015) grondgebied in tenminste vier landen: Iraq, Syrië, Libië en Nigeria.[51] Aan het volkenrechtelijk kwalificeren als grondgebied van dat gebied doet een dergelijke bezettingssituatie niet af: dat grondgebied valt nog altijd binnen de vier hierboven genoemde categorieën.

De conclusie is dan ook dat de juridische betekenis van de component territorium oftewel grondgebied als zodanig niet wezenlijk verandert wanneer zulk grondgebied in handen van terroristen is. In zoverre compliceert de volkenrechtelijke betekenis van grondgebied dus niet de algemene betekenis ervan, zodat de component grondgebied dan evenmin bijzondere duidelijkheids-, specifiteits- of voorzienbaarheidsproblemen oproept in het kader van het lex certa-beginsel.

Wat betreft de *controle* van grondgebied impliceert het bovenstaande reeds dat deze feitelijk niet per se hoeft te liggen bij de staat waartoe het grondgebied behoort. Wat betreft staten is sprake van een territorium dat

---

48 Idem; J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 203.

49 Zie over de veiligheidsrisico's die dit veroorzaakt bijv. S. Elden, 'Terror and Territory', *Antipode*, 2007, vol. 39, p. 821-845.

50 G. Boas, *Public International Law. Contemporary Principles and Perspectives*, Cheltenham, UK/Northampton, USA: Edward Elgar Publishing 2012, p. 164; A. Aust, *Handbook of International Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2010, p. 16; T.D. Grant, 'Defining Statehood: The Montevideo Convention and its Discontents', *Columbia Journal of Transnational Law* 1999, vol. 37, p. 237; J. R. Crawford, *The Creation of States in International Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 34, 73, 86-87.

51 Zie Wikipedia, 'Islamic State of Iraq and the Levant' (http://en.wikipedia.org/wiki/Islamic_State_of_Iraq_and_the_Levant) (laatst bezocht: 1 juli 2015).

'onder controle van de overheid' staat indien die overheid daarover effectieve controle ('effective control') heeft.[52/53] Een belangrijk element van 'effectiviteit' bestaat in het verrichten van soevereine handelingen over een grondgebied.[54] Vooral het vermogen om te besturen geldt wel als kernvoorwaarde om van effectieve controle door een staat over een grondgebied te kunnen spreken.[55] Het gaat er daarbij om dat die controle er feitelijk is; er hoeft daartoe in beginsel geen formele bevoegdheid of de erkenning daarvan te bestaan.[56] Indien een staat zodanige feitelijke controle ontbeert, kan deze geen verantwoordelijkheid nemen en niet effectief besturen, wetgeving aannemen en handhaven.[57]

Ook in geval van effectieve controle door een andere partij dan de staat waaraan het grondgebied toebehoort – bijvoorbeeld door een terroristische organisatie – wordt vooral feitelijk bezien of van controle sprake is. Dat lijkt dan zelfs eerder te worden aangenomen dan bij een staat, in die zin dat vooral fysieke controle – en niet zozeer de macht en capaciteit om bijvoorbeeld te besturen of in wetgeving te voorzien – als graadmeter dient. Dit blijkt men name uit zowel nationale als vooral internationale rechtspraak.

Voor zover controle van een niet-Nederlands grondgebied aan de orde komt bij de Nederlandse rechter, beoordeelt deze vooral feitelijk wie zodanige controle heeft. In vreemdelingenzaken gaat de rechter uit van de informa-

---

52 Zie o.a. B.A. Boczek, *International Law: A Dictionary*, Lanham, Maryland: Scarecrow Press 2005, p. 237-238; G.P.H. Kreijen, *State Failure, Sovereignty and Effectiveness. Legal Lessons from the Decolonization of Sub-Saharan Africa* (diss. Leiden) 2003, p. 175-202; H. Borowski & I. Fuchs, 'Weak States and Terrorist Organizations: A Proposed Model of Intervention', *Minnesota Journal of International Law* 2012, vol. 21, p. 180; A. Aust, *Handbook of International Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2010, p. 33, 37.

53 Het 'effective controle'-criterium dat betrekking heeft op territorium dient overigens te worden onderscheiden van het hier in beginsel niet relevante 'effectieve controle'-criterium dat wordt toegepast om te bepalen of handelen of nalaten volkenrechtelijk, strafrechtelijk of civielrechtelijk door anderen aan een bepaalde entiteit (persoon, rechtspersoon, staat of internationale organisatie) kan worden toegerekend; zie daarover bijv. F. Messineo, 'Atrribution of Conduct', in: A. Nollkaemper & I. Plakokefalos, *Principles of Shared Responsibility in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2014, p. 60-98; B. Justice Moloto, 'Command Responsibility in International Criminal Tribunals', *Berkeley Journal of International Law Publicist* 2009, p. 12-25; HR 6 september 2013, ECLI HR:2013:BZ9225, *RvdW* 2013/1037, *NJB* 2013/1974, r.o. 3.11-3.13.

54 Vgl. A. Abass, *International Law. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 307.

55 Zie met verdere verwijzingen B.T. Sumner, 'Territorial Disputes at the International Court of Justice', *Duke Law Journal* 2004, vol. 53, p. 1787-1788.

56 Zie J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 152, 154.

57 G.P.H. Kreijen, *State Failure, Sovereignty and Effectiveness. Legal Lessons from the Decolonization of Sub-Saharan Africa* (diss. Leiden) 2003, p. 89, 197-198.

tie aangedragen door partijen, dat wil zegen de vreemdeling en de minister voor Immigratie, Integratie en Asiel (thans de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie).[58] De minister legt daarbij bijvoorbeeld voor verblijfsvergunningen en uitzettingen als criterium aan of 'het gebied' van herkomst van de desbetreffende vreemdeling 'volgens informatie uit algemene bron op het relevante tijdstip onder controle stond van [in casu] Al Shabaab'.[59] De beslissing steunt dus op een feitelijke beoordeling op grond van algemene informatie over wie het gebied controleert en niet op een officieel erkende situatie of kwalificatie daaromtrent.

De vraag naar controle over een gebied speelt veel nadrukkelijker op internationaal niveau. Het EHRM oordeelt in bijvoorbeeld de zaak *Sufi and Elmi/The United Kingdom* dat uitzetting van klagers naar Somalië in strijd zou komen met art. 3 EVRM gelet op het aldaar plaatsvindende gevechtsgeweld[60] en vooral omdat het gebied onder controle staat van al-Shabaab.[61] Al-Shabaab is door onder meer Australië, Canada, het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten officieel als terroristische organisatie gekwalificeerd.[62] Voor de vaststelling dat en welke gebieden in Somalië onder controle staan van al-Shabaab, past het EHRM niet een set van juridische criteria toe,[63] maar baseert het zich op feitelijke informatie van onder meer organisaties als de VN en de EU, diverse landen, internationale en nationale rechterlijke uitspraken, allerlei NGO's zoals Amnesty International en Human Rights Watch, en nieuwsorganisaties.[64] Op basis van deze informatie wijst het Hof erop dat het machtsevenwicht in regionale en stedelijke gebieden bijna van dag tot dag kan veranderen en dat als gevolg daarvan informatie over wie de controle

58 Vgl. Raad van State 24 januari 2012, ECLI RVS:2012:BV2189, r.o. 2.2 en 2.2.3; Rb 's-Gravenhage 8 januari 2001, ECLI RBSGR:2001:AB2003, r.o. 2.9.

59 Raad van State 31 juli 2012, ECLI RVS:2012:BX3193, *NJB* 2012/1779, r.o. 2.3.1; vgl. par. 23.4.5 van het Besluit van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 27 februari 2014, nummer WBV 2014/6, houdende wijziging van de Vreemdelingencirculaire 2000 (*Stcrt*. 2014/6969 van 7 maart 2014).

60 EHRM 28 juni 2011, *Sufi and Elmi/The United Kingdom*, nr. 8319/07, *EHRC* 2011/125 m.nt. Den Heijer, r.o. 241-250.

61 *Sufi and Elmi/The United Kingdom*, *a.w.*, r.o. 272-277, 295, 302, 310.

62 Informatie ontleend aan Wikipedia, 'List of designated terrorist organizations' (http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_designated_terrorist_organizations) (laatst bezocht: 1 juli 2015).

63 Vgl. – inzake 'effective control' door staten over niet eigen grondgebied – de hierna genoemde EHRM (GK) 19 oktober 2012, *Catan/The Republic of Moldova and Russia*, nr. 43370/04 19/10/2012, *EHRC* 2013/13 m.nt. Groen, r.o. 107, en EHRM (GK) 7 juli 2011, *Al-Skeini/The United Kingdom*, nr. 55721/07, *NJ* 2012/430 m.nt. Keijzer, r.o. 139, herhaald in EHRM (GK) 20 november 2014, *Jaloud/The Netherlands*, nr. 47708/08, *NJ* 2015/142 m.nt. Keijzer, r.o. 139.

64 EHRM 28 juni 2011, *Sufi and Elmi/The United Kingdom*, nr. 8319/07, *EHRC* 2011/125 m.nt. Den Heijer, r.o. 37-195.

over een gebied heeft zeer snel kan verouderen.[65] Van een feitelijke beoordeling door het EHRM is ondertussen niet alleen sprake ingeval van terroristische organisaties, maar ook wanneer het erom gaat of een staat 'effective control' heeft over niet eigen grondgebied, bijvoorbeeld in situaties waarin het daar met strijdkrachten optreedt (denk aan onder meer Nederlandse of Engelse militairen in Afghanistan of Irak). Zo overweegt het EHRM in onder meer *Catan/The Republic of Moldova and Russia*:

> 'It is a question of fact whether a Contracting State exercises effective control over an area outside its own territory. In determining whether effective control exists, the Court will primarily have reference to the strength of the State's military presence in the area […]. Other indicators may also be relevant, such as the extent to which its military, economic and political support for the local subordinate administration provides it with influence and control over the region […].'[66]

Zie in gelijke zin *Al-Skeini/The United Kingdom*, waarin het Hof ook opmerkt:

> 'Where the fact of such domination over the territory is established, it is not necessary to determine whether the Contracting State exercises detailed control over the policies and actions of the subordinate local administration.'[67]

Of sprake is van controle over een grondgebied ligt in dergelijke situaties dus niet formeel vast, maar wordt door het EHRM feitelijk beoordeeld op grond van allerhande beschikbare informatie, en ook dan kan die beoordeling door voortdurende veranderende omstandigheden nog moeilijk zijn.[68] Daarbij

65 EHRM, *Sufi and Elmi/The United Kingdom*, *a.w.*, r.o. 247.

66 EHRM (GK) 19 oktober 2012, *Catan/The Republic of Moldova and Russia*, nr. 43370/04 19/10/2012, *EHRC* 2013/13 m.nt. Groen, r.o. 107.

67 EHRM (GK) 7 juli 2011, *Al-Skeini/The United Kingdom*, nr. 55721/07, *NJ* 2012/430 m.nt. Keijzer, r.o. 138 (zie ook 139); herhaald in EHRM (GK) 20 november 2014, *Jaloud/The Netherlands*, nr. 47708/08, *NJ* 2015/142 m.nt. Keijzer, r.o. 139.

68 Zoals gezegd dient het 'effective controle'-criterium dat betrekking heeft op territorium te worden onderscheiden van het 'effectieve controle'-criterium dat wordt toegepast om te bepalen of handelen of nalaten door anderen aan een bepaalde entiteit volkenrechtelijk of strafrechtelijk kan worden toegerekend; niettemin is het vermeldenswaardig dat ook dat criterium een feitelijke en niet juridische beoordeling vraagt; zie bijv. ICTY (Appeals Chamber) 29 juli 2004, *Prosecutor/Tihomir Blaškić*, Case No. IT-95-14-A, r.o. 69: 'The indicators of effective control are more a matter of evidence than of substantive law.' Zie ook ICTY (Appeals Chamber) 3 juli 2008, *Prosecutor/Naser Orić*, Case No. IT-03-68-A, r.o. 91-92: '[…] de jure authority is not synonymous with effective control. […] The possession of de jure authority, without more, provides only some evidence of such effective control.'

komt dat er geen vast en duidelijk kader van criteria is aan de hand waarvan wordt bepaald of er effectieve controle is.

Een dergelijke primair feitelijk beoordeling ziet men ook bij andere internationale hoven, zoals bij het Internationaal Gerechtshof.[69] Bij die beoordeling stelt het IGH vooral de duur en intensiteit van de controle centraal.[70] Het gaat primair om feitelijke controle, niet om formeel gezag.[71] Van consensus over de toepasselijke standaarden is echter geen sprake, waardoor zowel de kwantiteit als kwaliteit van controle die nodig is om van 'effective control' te kunnen spreken onduidelijk is en ook via wie de controle moet lopen.[72] Vele jurisdictiegeschillen bij het Internationaal Gerechtshof zijn daarvan het gevolg. In de context van territoriale geschillen bij het IGH wordt er ook op gewezen dat de doctrine van effectieve controle 'onvoorspelbaar' is en tot 'misbruik' leidt[73] en relatief onvast ('relatively fluid') is en met vage criteria samenhangt.[74]

Het bovenstaande leidt tot de conclusie dat de component 'controle' over een grondgebied in verschillende opzichten duidelijkheids-, specifiteits- en voorzienbaarheidsproblemen oproept. Die problemen zitten hem in beginsel niet erin dat het begrip controle als zodanig te vaag is: zoals hiervoor bleek is de betekenis van controle taalkundig tamelijk omlijnd en juridisch voldoende duidelijk. Het opnemen van een definitie in het wetboek voor de component controle – in bijvoorbeeld de Betekenissentitel – zou de voorzienbaarheidsproblemen met deze component dan ook niet verhelpen. Het gaat om iets anders. Ten eerste is onduidelijk wanneer feitelijk van 'controle' van een grondgebied door een terroristische organisatie sprake is. Illustratief in dit opzicht is dat zelfs de algemeen erkende volkenrechtelijke doctrine van 'effective control' niet steunt op een vast en duidelijk kader van criteria en aldus tamelijk onduidelijk is en in allerlei gevallen ook onvoorzienbaar wat betreft uitkomst. Of een bepaalde entiteit controle over een grondgebied heeft vereist

69 Zie de zaken genoemd in B.T. Sumner, 'Territorial Disputes at the International Court of Justice', *Duke Law Journal* 2004, vol. 53, p. 1792-1803. Zie ook P. O'Shea, Thesis title: *Playing the Sovereignty Game: Understanding Japan's Territorial Disputes* (diss. Sheffield), Sheffield: 2012, p. 73-77, 85.

70 B.T. Sumner, 'Territorial Disputes at the International Court of Justice', *Duke Law Journal* 2004, vol. 53, p. 1804-1805.

71 Zie ook B. Donohue, J. Neil Otte & B. Smith, 'An Ontological Approach to Territorial Disputes', *Intelligence, Defense and Security (STIDS), CEUR*, 2014, vol. 1304, p. 6: 'Arguments from effective control appeal to facts about a nation's de facto uncontested administration of a given territory.'

72 B.T. Sumner, 'Territorial Disputes at the International Court of Justice', *Duke Law Journal* 2004, vol. 53, p. 1788.

73 Idem, p. 1810: 'The application of the doctrine of acquisition by effective control is even more unpredictable than uti possidetis; moreover, effective control is subject to abuse.'

74 Zie N.G. Hansen, *Modern Territorial Statehood* (diss. Leiden), Leiden: 2008, p. 68-69.

een feitelijke, casuïstische beoordeling op grond van algemene informatie over wie het gebied controleert en niet op een officieel erkende situatie of formele kwalificatie daaromtrent. Nu zal het in allerlei gevallen zonder meer duidelijk zijn wie de controle heeft over een bepaald grondgebied. Dat zal vooral zo zijn in gevallen waarin die controle stabiel en langdurig is, en dus niet voortdurend feitelijk onder druk staat. Of sprake is van controle van een grondgebied en bij wie die controle ligt, zal echter veel moeilijker te bepalen zijn in gebieden waarin sprake is van een met geweld afgedwongen bezetting, een burgeroorlog, een zwakke staat ('weak state') of mislukte staat ('failed state'). Daarmee komen wij op een tweede punt: juist omdat dan feitelijk op grond van allerhande beschikbare informatie moet worden getoetst welke entiteit – bijvoorbeeld een terroristische organisatie – de controle over het gebied heeft, kan het dan onduidelijk en dus onvoorzienbaar zijn voor burgers dat zodanige controle ook zal worden aangenomen omdat niet zonder meer voorzienbaar zal zijn op welke informatie de rechter zich zal baseren en ook niet hoe hij deze zal waarderen. Wij concluderen daarom dat een strafbaarstelling waarin het door een terroristische organisatie 'gecontroleerd grondgebied' een component is, problematisch is vanuit het *lex certa*-beginsel: wanneer feitelijke sprake is van een 'gecontroleerd' grondgebied is als zodanig tamelijk onduidelijk, terwijl de wijze waarop dit concept uitwerkt ten aanzien van een gebied met instabiele controle moeilijk voorzienbaar kan zijn. Ondertussen verdient hier nog opmerking dat in bepaalde situaties geen enkele entiteit effectieve controle over een grondgebied heeft, bijvoorbeeld wanneer om het desbetreffende grondgebied wordt gestreden. Voor zover men zich in dat geval aansluit bij de strijdende terroristische organisatie door aan de gevechtshandelingen deel te nemen, is van een verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied dus niet per se sprake.

2.2.3 Lex certa en componenten II: terroristische organisatie

Ook de component 'terroristische organisatie' verdient aandacht vanuit de aan het lex certa-beginsel ontleende vereisten van duidelijkheid, specificiteit en vooral voorzienbaarheid. Hierna behandelen wij de volgende – met elkaar samenhangende – vragen:

- Wat houdt het begrip 'terroristisch organisatie' taalkundig in? Voldoet dit begrip op zichzelf aan de door het lex certa-beginsel vereiste duidelijkheid?
- Wanneer is juridisch sprake van een 'terroristische organisatie' die controle over een grondgebied heeft? Dus aan welke voorwaarden dient te zijn voldaan om in deze context van een terroristische organisatie te kunnen spreken? Is voldoende helder, kenbaar en voorzienbaar wanneer van zodanige terroristische organisatie sprake is?

De term terrorisme is inmiddels onderdeel van het algemeen maatschappelijk discours en lijkt bij de meeste burgers een duidelijk beeld op te roepen. Van Dale Groot woordenboek der Nederlandse taal omschrijft terrorisme als '(het plegen van) gewelddaden (individuele of collectieve aanslagen, gijzelingen, verwoestingen) ter demoralisering van de bevolking om een politiek doel te bereiken'. Een terroristische organisatie zou dan een 'georganiseerd (onstoffelijk) lichaam' dat zich met terrorisme bezighoudt moeten zijn. Als zodanig lijkt de component 'terroristische organisatie' (welke zoals opgemerkt in een delictsomschrijving valt te verwoorden als bijvoorbeeld: 'organisatie die tot oogmerk heeft het plegen van terroristische misdrijven'; zie art. 140a Sr) ook voldoende duidelijk te zijn met het oog op het lex certa-beginsel.[75] Vanuit Nederlands gezichtspunt geldt dat de rechtspraak steeds de geldigheid van art. 140a heeft aangenomen, terwijl wat betreft het soortgelijke art. 140 Sr inzake de criminele organisatie de Hoge Raad meer expliciet heeft duidelijk gemaakt dat deze bepaling voldoende duidelijk is gezien het legaliteitsbeginsel.[76] Verder geldt voor de component 'terroristische organisatie' dat die niet essentieel vager, algemener, minder precies, of minder concreet is dan allerlei andere door het EHRM – in de context van concrete zaken – toelaatbaar geachte termen.[77]

Enige tijd terug heeft het Europees Hof zich ook meer expliciet over het begrip 'terroristische organisatie' uitgelaten in het licht van art. 7 EVRM. In de zaak *Kasymakhunov and Saybatalov/Russia* oordeelt het Hof dat de strafbaarstelling in casu – mede gelezen in samenhang met andere anti-terrorismewetgeving – met voldoende precisie is geformuleerd om een individu in staat te stellen om, zo nodig met gebruikmaking van adequaat juridisch advies, te bepalen welke handelingen en nalatigheden hem strafrechtelijk aansprakelijk maken.[78] Daarbij weegt het EHRM mee dat de wetgeving een defi-

---

75 Zie in die zin op grond van uiteenlopende argumenten en met verdere verwijzingen naar rechtspraak en literatuur reeds P.H.P.H.M.C. van Kempen & J. Van de Voort, *Nederlandse antiterrorismeregelgeving getoetst aan fundamentele rechten. Een analyse met meer bijzonder aandacht voor het EVRM*, Nijmegen: NCTb/WODC/Radboud Universiteit 2010, p. 16-18.

76 Zie HR 16 oktober 1990, *NJ* 1991/442 m.nt. Corstens; zie ook de conclusie van P-G Remmelink over middel X.

77 Zie in soortgelijke zin met ruime verwijzing naar Straatsburgse jurisprudentie reeds P.H.P.H.M.C. van Kempen & J. Van de Voort, *Nederlandse antiterrorismeregelgeving getoetst aan fundamentele rechten. Een analyse met meer bijzonder aandacht voor het EVRM*, Nijmegen: NCTb/WODC/Radboud Universiteit 2010, p. 15-18.

78 EHRM 14 maart 2013, *Kasymakhunov and Saybatalov/Russia*, nr. 26261/05, *EHRC* 2013/122 m.nt. De Morree, r.o. 82, 84 en 88-89 (het EHRM stelt overigens hetzelfde vast wat betreft 'criminal organisation' en 'extremist organisation'; zie r.o. 83, 84 en 88-89). Vgl. EHRM 15 juli 2014, *Ashlarba/Georgia*, nr. 45554/08, r.o. 35-41, waarin het EHRM concludeert dat klager met de delictsomschrijving 'being a member of the thieves' under-
→

nitie van 'terrorist organisation' bevat ('an organisation created with the aim of carrying out terrorist activities or admitting the possibility of recourse to terrorism as part of its activities') en dat deze ook specificeert welke gedragingen als 'terrorism' en 'terrorist activities' kwalificeren. Ondertussen is niet vereist – tenzij dit als bestanddeel onderdeel is van de delictsomschrijving – dat de 'terroristische organisatie' reeds eerder officieel als zodanig is aangemerkt door de rechter of een ander orgaan. Het mag dus aan de oordelende strafrechter worden overgelaten om op basis van het beschikbare bewijs vast te stellen of de organisatie waaraan wordt deelgenomen terroristisch is.[79] Wij concluderen dat de term 'terroristische organisatie' – of een meer specifieke verwoording daarvan – bij strafbaarstelling van 'het vrijwillig verblijf op door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' op zichzelf niet gauw in strijd komt met het duidelijkheidsvereiste en het specificiteitsvereiste indien uit de wet, de wetsgeschiedenis en/of rechtspraak nader blijkt wat als terroristische organisatie in de context van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling geldt (vgl. thans reeds art. 140a jo 83 jo 83a Sr).

Met het oog op het voorzienbaarheidsvereiste is van belang dat de 'terroristische organisatie' bij de overwogen strafbaarstelling betreffende 'het vrijwillig verblijf op door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' in een andere context staat dan de 'terroristische organisatie' van bijvoorbeeld art. 140a Sr. Bij het laatste gaat het om een strafrechtelijke context (plegen van terroristische misdrijven), terwijl het eerste veeleer op een staatsrechtelijke, volkenrechtelijke en oorlogsrechtelijke situatie betrekking heeft (controleren van een grondgebied). Dit betekent dat een 'terroristische organisatie' in de zin van art. 140a Sr niet per se ook kan gelden als terroristische organisatie in de zin van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling. Het omgekeerde geldt ook. Verder telt dat waar het bij verdenking van overtreding van bijvoorbeeld art. 140a Sr per definitie gaat om betrokkenheid van de verdachte bij een terroristische organisatie, zodanige betrokkenheid er juist volstrekt niet hoeft te zijn indien iemand zich schuldig zou maken aan overtreding van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling. Dat iemand op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied verblijft, impliceert op zichzelf immers nog niet dat diegene ook betrokken is bij die organisatie en zelfs niet dat hij van die organisatie of de controle daardoor weet heeft.

world' gemakkelijk kon voorzien welke gedragingen tot strafrechtelijke aansprakelijkheid konden leiden, waartoe het Hof meeweegt dat het grote publiek sinds lang bekend is met de subcultuur van de 'thieves' underworld', dat de strafbepaling onderdeel is van een groter pakket wetgeving waarin de term nader word gedefinieerd, dat de toelichting op de wetgeving nadere duidelijkheid verschaft en dat klager zo nodig juridisch advies had kunnen inwinnen.

79 EHRM, *Kasymakhunov and Saybatalov/Russia*, *a.w.*, r.o. 84.

Bijgevolg zal de gebiedsstrafbaarstelling ook duidelijk en voorzienbaar dienen te zijn voor personen die niets met terrorisme van doen hebben.

Aldus rijst de vraag of de criteria die beslissend zijn om te bepalen of in een concrete strafzaak sprake is van een organisatie die het plegen van terroristische misdrijven tot oogmerk heeft, wel zonder meer geschikt is om te bepalen of sprake is van een terroristische organisatie die een grondgebied controleert. Meer in het bijzonder lijkt te moeten worden bezien of de gebruikelijke strafrechtelijke invulling van 'terroristische organisatie' in een strafbaarstelling betreffende 'het vrijwillig verblijf op door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' niet tot een ruimere aansprakelijkheid leidt dan wenselijk is of wordt beoogd. Nu is dit niet de plaats om uitgebreid gedocumenteerd uiteen te zetten welke terroristische organisaties door welke staten of internationale organisaties als zodanig worden aangemerkt en waar die terroristische organisaties op welke wijze operationeel zijn. Met het oog op de zojuist gestelde vraag is het echter wel nuttig er enig inzicht in te geven.

Allereerst is dan van belang op te merken dat er over de hele wereld terroristische organisaties zijn. Tot de bekendste die door de Europese Unie, de Verenigde Naties en/of de Verenigde Staten als terroristisch zijn aangemerkt, behoren onder meer al-Qaeda, al-Shabaab, Boko Haram, ETA, FARC (Revolutionaire Strijdkrachten van Colombia), Hamas (en/of Hamas' militaire tak Izz ad-Din al-Qassam Brigades), Hezbollah, Hizb ut-Tahrir (HuT), Jemaah Islamiyah, Islamitische Staat (IS, ISIL of ISIS), Koerdische Arbeiderspartij (PKK) en Tamiltijgers.[80] Dat is niet het geval voor bijvoorbeeld Moslimbroederschap en Taliban, maar dit zijn wel terroristische organisaties volgens verschillende andere landen, waaronder Rusland, Verenigde Arabische Emiraten en wat betreft Taliban ook Canada. Voor sommige organisaties geldt dat zij bij zowel de Europese Unie, de Verenigde Naties als de Verenigde Staten op de terrorismelijst staan, terwijl andere niet algemeen als terroristisch zijn gekwalificeerd.[81] De meeste van voornoemde organisaties nemen deel aan gewapende conflicten. Verschillende ervan hebben (of hadden recent) de controle over grondgebieden.[82] Dit geldt onder meer voor al-Qaeda,[83]

---

80 Informatie onder meer ontleend aan Wikipedia, 'List of designated terrorist organizations' (http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_designated_terrorist_organizations) (laatst bezocht: 1 juli 2015).

81 Idem.

82 Vgl. ook de lijst op Wikipedia, 'List of active rebel groups' (http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_active_rebel_groups); en de Kennisbank Terrorisme van de NCTV (https://kennisbankterrorisme.nctv.nl/index.php) (beide laatst bezocht: 1 juli 2015).

83 Zie Al Arabiya News, 'Al-Qaeda takes control of area in south of Yemen', 16 oktober 2014 (http://english.alarabiya.net/en/News/middle-east/2014/10/16/Al-Qaeda-takes-control-of-area-south-of-Yemen.html); CNN, 'Al Qaeda controls more territory than →

al-Shabaab,[84] Boko Haram,[85] FARC,[86] Hamas,[87] Hezbollah,[88] IS,[89] PKK,[90] Moslimbroederschap.[91] Interessant in dit opzicht is ook de Verenigde Communistische Partij van Nepal, die in 2008 de verkiezingen in Nepal won en daarmee aan de macht kwam in dit land, terwijl de Verenigde Staten de partij pas vanaf 2012 niet langer als terroristische organisatie aanmerkte.[92] Een soortgelijk voorbeeld bieden de Communist Party of the Philippines (CPP) en de daaraan gelieerde New People's Army, die onder meer op de terrorismelijst van de EU staan,[93] en kennelijk bepaalde gebieden in de Filippijnen onder controle hebben.[94]

ever in Middle East', 8 januari 2014 (http://edition.cnn.com/2014/01/07/opinion/bergen-al-qaeda-terrority-gains/) (beide laatst bezocht: 1 juli 2015).

84 Zie Wikipedia, 'Al-Shabaab (militant group)' (http://en.wikipedia.org/wiki/Al-Shabaab_(militant_group)); zie ook BBC, 'Who are Somalia's al-Shabab?', 3 april 2015 (http://www.bbc.com/news/world-africa-15336689) (beide laatst bezocht: 1 juli 2015).

85 Zie The Telegraph, 'Boko Haram is now a mini-Islamic State, with its own territory', 10 januari 2015 (http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/africaandindianocean/nigeria/11337722/Boko-Haram-is-now-a-mini-Islamic-State-with-its-own-territory.html); Wikipedia, Boko Haram (http://en.wikipedia.org/wiki/Boko_Haram) (beide laatst bezocht: 1 juli 2015).

86 Wikipedia, 'FARC' (http://en.wikipedia.org/wiki/FARC#Role_of_FARC_in_the_areas_it_controls) (laatst bezocht: 1 juli 2015).

87 Wikipedia, 'Governance of the Gaza Strip' (http://en.wikipedia.org/wiki/Governance_of_the_Gaza_Strip) (laatst bezocht: 1 juli 2015).

88 Zie Wikipedia, 'Hezbollah' (http://en.wikipedia.org/wiki/Hezbollah) (laatst bezocht: 1 juli 2015).

89 Wikipedia, 'Islamic State of Iraq and the Levant' (http://en.wikipedia.org/wiki/Islamic_State_of_Iraq_and_the_Levant) (laatst bezocht: 1 juli 2015).

90 Wikipedia, 'Kurdistan Workers' Party' (http://en.wikipedia.org/wiki/Kurdistan_Workers%27_Party) (laatst bezocht: 1 juli 2015).

91 Wikipedia, 'Muslim Brotherhood' (http://en.wikipedia.org/wiki/Muslim_Brotherhood) (laatst bezocht: 1 juli 2015).

92 Zie Wikipedia, 'Unified Communist Party of Nepal (Maoist)' (http://en.wikipedia.org/wiki/Unified_Communist_Party_of_Nepal_(Maoist)) en 'Verenigde Communistische Partij van Nepal (Maoïstisch)' (http://nl.wikipedia.org/wiki/Verenigde_Communistische_Partij_van_Nepal_(Maoïstisch)) (beide laatst bezocht: 1 juli 2015).

93 Zie Council Decision (CFSP) 2015/521 of 26 March 2015 updating and amending the list of persons, groups and entities subject to Articles 2, 3 and 4 of Common Position 2001/ 931/CFSP on the application of specific measures to combat terrorism, and repealing Decision 2014/483/CFSP, *Pb.EU* L 82/107, 27 maart 2015.

94 Zie F. Domingo, 'Explaining the Sustainability of the Communist Party of the Philippines-New People's Army', *Small Wars Journal*, 4 oktober 2013 (smallwarsjournal.com/printpdf/14685); Amparo Pamela H. Fabe, 'The Communist Party of the Philippines and youth-recruitment: local development and transnational connections', The Southeast Asia Regional Centre for Counter-Terrorism (http://www.searcct.gov.my/ ms/penerbitan/penerbitan?id=61) (beide laatst bezocht: 1 juli 2015).

Deze korte schets laat allereerst zien dat niet zonder meer voorzienbaar hoeft te zijn of een organisatie die buiten Nederland de controle over een grondgebied heeft als terroristisch kan, moet of zal worden aangemerkt door een Nederlandse rechter.[95] In heel wat gevallen zijn organisaties door de Europese Unie als terroristisch aangemerkt terwijl ze dat niet zijn door de Verenigde Naties.[96] De rechter heeft in zoverre dus allerlei tegenstrijdige aanknopingspunten om een organisatie als terroristisch aan te merken of om daarvan juist af te zien. De vraag is daarbij ook of een kwalificatie door andere landen – zoals Frankrijk, Groot-Brittannië, Rusland of de Verenigde Staten – relevant kan zijn. Daarbij komt dat de lijsten van terroristische organisaties van bijvoorbeeld de Europese Unie, de Verenigde Naties en allerlei landen aan veranderingen onderhevig zijn: er worden organisaties verwijderd en er worden organisaties toegevoegd. Dat maakt het minder doorzichtig voor een individu welke organisaties wel en welke niet als terroristische organisatie gelden op een bepaald moment. Voorts zijn er wereldwijd heel wat gebieden die onder controle of invloed van terroristische organisaties staan. In zoverre kan de reikwijdte van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling groter zijn dan goed valt te overzien en dan wenselijk is gezien het specificiteitsvereiste. Wie staat erbij stil dat de Communist Party of the Philippines bepaalde gebieden controleert op de Filippijnen? En zou de Nederlandse strafrechter bijvoorbeeld de Verenigde Communistische Partij Nepal tot 2012 of de huidige FARC als terroristische organisatie typeren? En is het dan de bedoeling dat men bij een vakantie die verloopt via door deze organisaties gecontroleerde gebieden strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gehouden onder de overwogen gebiedsstrafbaarstelling? Dergelijke voorbeelden zijn ook te geven voor andere gebieden, vooral in Afrika, Azië, het Midden-Oosten en Zuid-Amerika.[97] Daarbij komt dat de controle van terroristische organisaties en het territorium waarop die controle betrekking heeft aan wijzigingen onderhevig is, vooral wanneer van een gewapend conflict sprake is. Bijgevolg kan voor gebieden soms moeilijk zijn vast te stellen of die op een bepaald moment wel of niet onder controle van een terroristische organisatie staan, zodat niet goed voorzienbaar is of de overwogen gebiedsstrafbaarstelling tot toepassing zou kunnen komen of niet.

---

95 Vgl. B.J. Phillips, 'What Is a Terrorist Group? Conceptual Issues and Empirical Implications', *Terrorism and Political Violence* 2014, p. 1-18.

96 Zie nogmaals Wikipedia, 'List of designated terrorist organizations' (http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_designated_terrorist_organizations) (laatst bezocht: 1 juli 2015). Zie over verschillen tussen lijsten met terroristische organisaties: B. Freedman, 'Officially Blacklisted Extremist/Terrorist (Support) Organizations: a Comparison of Lists from six Countries and two International Organizations', *Perspectives on Terrorism* 2010, vol. 4, nr. 2, p. 46-52.

97 Vgl. Wikipedia, 'List of active rebel groups' (http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_active_rebel_groups) (laatst bezocht: 1 juli 2015).

Al deze variabelen maken het onzes inziens in allerlei situaties ondoorzichtig of sprake is van een door 'een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' en onvoorspelbaar of de rechter ingevolge de overwogen gebiedsstrafbaarstelling tot strafrechtelijke aansprakelijkheid zou concluderen. Dit betekent niet dat strafbaarstelling van 'het vrijwillig verblijf op door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' als zodanig in strijd is met het lex certa-beginsel, maar het brengt wel mee dat toepassing ervan in een concrete zaak onder omstandigheden onvoldoende voorzienbaar zal zijn.

Dit voorzienbaarheidstekort lijkt overigens te kunnen worden beperkt. Daartoe zou de wetgever in de delictsomschrijving dan niet rechtstreeks het 'door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' als bestanddeel moeten opnemen. In plaats daarvan zou men in de delictsomschrijving kunnen verwijzen naar door een terroristische organisatie controleerde gebieden die zijn aangewezen op bijvoorbeeld een lijst. Dit zou bijvoorbeeld kunnen door een formulering als: 'hij die vrijwillig verblijft op een grondgebied dat [op een door de minister, bij Koninklijk Besluit, o.i.d. vastgestelde lijst] is aangewezen als een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied waarvoor een inreis- en verblijfsverbod geldt'. Dit zou er in elk geval voor zorgen dat het minder afhankelijk wordt van de wijze waarop de strafrechter de strafbaarstelling uitlegt en toepast. Op zichzelf garandeert dit echter nog niet dat wel steeds aan het voorzienbaarheidsvereiste zal zijn voldaan. Daarvoor zal de lijst ook daadwerkelijk kenbaar c.q. toegankelijk ('accessible'[98]) moeten zijn voor burgers en reizigers. Daarnaast telt dat naarmate de op lijst aangewezen organisaties en grondgebieden meer frequent wijzigen het minder voorzienbaar kan worden of de overwogen gebiedsstrafbaarstelling van toepassing is op verblijf op een bepaald grondgebied op een bepaald moment. Bovendien zal in sommige gevallen gelden dat iemand al op een grondgebied verblijft op het moment dat dit grondgebied op de lijst komt.

2.2.4 Lex certa en componenten III: vrijwillig verblijf

Het minst problematisch bezien vanuit het lex-certa beginsel zijn de componenten 'vrijwillig' en 'verblijf'. Met het oog op de vereisten van duidelijkheid,

98 Zie bijv. EHRM (GK) 19 september 2008, *Korbely/Hungary*, nr. 9174/02, *NJ* 2010/165 m.nt. Reijntjes, r.o. 75; EHRM (GK) 21 oktober 2013, *Del Río Prada/Spain*, nr. 42750/09, *EHRC* 2014/32 m.nt. Van Sasse van Ysselt, r.o. 91 (zie ook 93): 'When speaking of "law" Article 7 alludes to the very same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises statutory law as well as case-law and implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability.'

specificiteit en voorzienbaarheid is het niettemin van belang op de volgende – met elkaar samenhangende – vragen in te gaan:

- Wat houden de begrippen 'vrijwillig' en 'verblijf' taalkundig in? Voldoen deze begrippen op zichzelf aan de door het lex certa-beginsel vereiste duidelijkheid?
- Wanneer is juridisch sprake van 'verblijf' op een grondgebied? Dus aan welke voorwaarden dient te zijn voldaan om van verblijf te kunnen spreken? Beantwoorden die voorwaarden aan het lex certa-beginsel en is voldoende helder, kenbaar en voorzienbaar wanneer van zodanig verblijf sprake is?
- Wanneer is juridisch sprake van een 'vrijwillig' verblijf? Dus aan welke voorwaarden dient te zijn voldaan om van vrijwilligheid te kunnen spreken? Beantwoorden die voorwaarden aan het lex certa-beginsel en is voldoende helder, kenbaar en voorzienbaar wanneer men vrijwillig op een grondgebied verblijft dat onder controle staat van een terroristische organisatie?

De termen verblijf en vrijwilligheid behoren tot het normaal algemeen spraakgebruik en zijn tamelijk duidelijk omlijnd en behoorlijk concreet. Van Dale Groot woordenboek der Nederlandse taal omschrijft verblijf onder meer als 'het verblijven, zich ophouden, wonen' en verblijven als 'enige tijd wonen of logeren; synoniem: zich ophouden, vertoeven, resideren, bivakkeren'. Zo bezien gaat taalkundig van verblijf dus enige duurzaamheid uit, al kan die kort zijn. Verblijf lijkt ons daarmee taalkundig in elk geval meer te omvatten dan het enkele ergens zijn. De omschrijving in Van Dale van vrijwillig is: 'uit vrije beweging, ongedwongen iets doend resp. geschiedend of aanvaard; synoniem: voluntair'.

Beide begrippen behoren ook sinds lang tot het materieelstrafrechtelijk taalgebruik. Zie 'verblijfplaats' in onder andere artt. 5, 7 en 86a Sr, 'rechtmatig verblijf […] in Nederland in de zin van artikel 8 van de Vreemdelingenwet 2000' in artt. 15, 38la, 38lb Sr, een 'vreemdeling die in Nederland verblijft' in art. 197 Sr, 'het zich verschaffen van verblijf in Nederland' in art. 197a Sr, 'toegang tot of verblijf in Nederland heeft verschaft' in art. 197b Sr en 'aan personen nachtverblijf te verschaffen' in onder meer art. 438 Sr. Het bestanddeel verblijf in deze bepalingen roept in de praktijk nauwelijks of niet legaliteitsvragen op, noch wat betreft het duidelijkheidsvereiste noch aangaande het voorzienbaarheidsvereiste. Als het gaat om verblijf in de zin van art. 197a Sr is volgens de Hoge Raad niet vereist dat er een oogmerk is om het verblijven van de vreemdelingen in Nederland 'in stand te houden'. De Hoge Raad verwerpt dat het (wederrechtelijk) verblijf een min of meer duur-

zaam karakter zou moeten hebben.[99] Elk ophouden in Nederland geldt als 'het verblijven in Nederland'.[100] Lindenberg wijst er nog op dat er grote overlap bestaat tussen de bestanddelen toegang (binnenkomst), doorreis (transit of doortocht) en verblijf (elk zich ophouden) in de zin van art. 197a Sr.[101] Het bestanddeel verblijf in onder meer artt. 197 en 197a Sr omvat overigens geen opzet- of culpavereiste. Dit betekent dat een eventuele strafbaarstelling dus op andere wijze een opzet- en/of culpavereiste tot uitdrukking zal moeten brengen.

De term vrijwillig komt eveneens al in het wetboek voor. Zie 'vrijwillig bij deze mogendheid in krijgsdienst treedt' in art. 101 Sr en 'vrijwillig in dienst blijft' in artt. 276 en 381 Sr. Ook deze term lijkt nauwelijks of niet tot legaliteitsvragen aangaande duidelijkheid en voorzienbaarheid te leiden.[102] Nu ligt dat ook minder voor de hand aangezien de bepalingen waarin het begrip voorkomt geen grote rol spelen in de praktijk, maar dat neemt niet weg dat ook juridisch tamelijk duidelijk is wat eronder moeten worden verstaan. Ingeval van overmacht zal bijvoorbeeld kunnen worden aangenomen dat van vrijwilligheid geen sprake is.[103] Voor zover het bovengenoemde bepalingen betreft, herbergt het bestanddeel vrijwillig geen opzet- of culpavereiste.[104] Het bestanddeel vrijwillig betekent in feite immers slechts dat moet worden bewezen dat het verblijf facultatief is en dus niet onvrijwillig, niet verplicht, niet gedwongen. Andersom zal het bewijs van vrijwilligheid wel een zeker opzet veronderstellen jegens hetgeen ten aanzien waarvan men vrijwillig handelt.[105] Voor de overwogen gebiedsstrafbaarstelling zou dit betekenen dat vrijwillig verblijf wel een zeker opzet laat zien op het verblijf op het grondgebied (het gaat dan om opzet primair in de zin van willen). De vrijwilligheid betekent echter niet dat er ook een zeker opzet is wat betreft het worden gecontroleerd van het grondgebied door een terroristische organisatie (het gaat dan om opzet primair in de zin van weten). Dat zou nog anders kunnen zijn indien men het bestanddeel vrijwillig zo zou uitleggen

---

99 HR 21 oktober 2010, ECLI HR:2003:AL3537, *Nieuwsbrief Strafrecht* 2003/437, r.o. 3.8.

100 HR 26 september 2006, *NJ* 2006/541, r.o. 2006/541.

101 C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns & M.J.M. Verpalen (red.), *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2014, art. 197a Sr, aant. 10c (door K.K. Lindenberg).

102 Zie over het bestanddeel vrijwillig in deze bepalingen J.W. Fokkens & A.J. Machielse (red.), *Noyon/Langemeijer/Remmelink, Wetboek van Strafrecht*, comm. op art. 101 Sr, aant. 6 (bewerking: 1 maart 2006); comm. op art. 276 Sr, aant. 1 (bewerking: 1 september 2004); comm. op art. 381 Sr, aant. 3 (bewerking: 1 mei 1985).

103 Zie *Noyon/Langemeijer/Remmelink, a.w.*, comm. op art. 101 Sr, aant. 6.

104 Zie *Noyon/Langemeijer/Remmelink, a.w.*, comm. op art. 101 Sr, aant. 7 (bewerking: 1 maart 2006) (vgl. 6); en C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns & M.J.M. Verpalen (red.), *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2014, art. 101 Sr, aant. 7 (door M.A.H. van de Woude); art. 381 Sr, aant. 8 (door A.M.G. Smit).

105 Vgl. Rb. Rotterdam 12 augustus 2011, ECLI RBROT:2011:BR4930.

dat het verblijf op een 'door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' vrijwillig moet zijn. Men zou dan kunnen betogen dat die vrijwilligheid er niet kan zijn indien men niet weet dat het grondgebied door een terroristische organisatie wordt gecontroleerd. Zodanige uitleg ligt echter minder voor de hand nu opneming van vrijwilligheid als bestanddeel plaats zal vinden om onvrijwillig verblijf van strafbaarheid uit te sluiten en dus niet om in een impliciet opzetvereiste te voorzien. Aldus zal in een eventuele strafbaarstelling afzonderlijk een opzet- of culpavereiste tot uitdrukking moeten worden gebracht, zoals dat ook is gebeurd in andere strafbaarstellingen waarin de term vrijwillig een bestanddeel is.

In aanvulling op het bovenstaande is hier nog van belang of er een beletsel ligt in art. 7 EVRM. Hiervoor bleek al dat het EHRM niet gauw aanneemt dat (formuleringen uit) strafbepalingen te vaag, algemeen of onprecies zijn vanuit het oogpunt van deze bepaling.[106] Nu de termen 'vrijwillig' en 'verblijf' zowel taalkundig als juridisch tamelijk duidelijk zijn, terwijl niet onmiddellijk valt te bedenken hoe dit in allerlei contexten anders zou kunnen zijn, is er geen reden om te veronderstellen dat het gebruik van de component 'vrijwillig verblijf' in de overwogen gebiedsstrafbaarstelling zou moeten afstuiten op de lex certa-vereisen van duidelijkheid en voorzienbaarheid. Dat geldt dan dus bezien vanuit zowel art. 1 Sr als art. 7 EVRM.

2.2.5 Lex certa en componenten IV: strafbaarheidsuitzondering voor onder meer journalisten

In de inleiding van dit hoofdstuk kwam al aan de orde dat voor wat betreft bijvoorbeeld journalisten (ook valt te denken aan humanitaire hulpverleners, bemiddelaars, militairen en bepaalde anderen die tegen de terroristische organisatie strijden) op de een of andere manier in 'uitzonderingsmogelijkheden' dient te worden voorzien. Het gaat er dan om te voorkomen dat zij strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gehouden vanwege hun vrijwillig verblijf op door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied. Nu valt zodanige uitzondering op heel wat uiteenlopende manieren te bewerkstelligen. Men kan bijvoorbeeld denken aan:[107]

- Opneming van bestanddelen in de delictsomschrijving waardoor deze groepen buiten de strafbaarstelling vallen (bijvoorbeeld: 'Met uitzonde-

---

106 Zie de voorbeelden en jurisprudentieverwijzingen in paragraaf 2.2.2 (Lex certa en componenten I: controle van een grondgebied).

107 Zie ook P.C. Bogert, *Voor rechtvaardiging en schulduitsluiting: de bijzondere strafuitsluitingsgrond in strafrechtsdogmatisch en wetgevingstechnisch perspectief* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005, p. 2-6.

ring van journalisten, humanitair hulpverleners en …, wordt hij die vrijwillig verblijft op …').
- Opneming van bestanddelen in de delictsomschrijving waardoor deze groepen ontheffing kan worden verleend (bijvoorbeeld: 'Hij die, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van …, vrijwillig verblijft op …').
- Construering van kwalificatieuitsluitingsgronden waardoor de reikwijdte van de strafbaarstelling wordt verengd (zo zou wat betreft journalisten de strafbepaling mogelijk zo kunnen worden gelezen door art. 10 EVRM beschermde gedragingen er niet onder vallen).
- Toepassing van de algemene strafuitsluitingsgronden (zoals mogelijk noodtoestand in geval van humanitaire hulpverlening).
- Opneming bij de strafbaarstelling van een abstracte bijzondere strafuitsluitingsgrond waarop deze groepen zich kunnen beroepen (bijvoorbeeld: 'Het in het voorgaande lid bedoelde feit is niet strafbaar indien het verblijf niet bijdraagt of beoogt bij te dragen aan de terroristische organisatie, aan de controle van het gebied door die organisatie of aan het plegen van (terroristische) misdrijven' of 'Niet strafbaar is hij die het in het vorige lid bedoelde feit heeft begaan terwijl …[idem]').
- Opneming bij de strafbaarstelling van gespecificeerde bijzondere strafuitsluitingsgronden waarop deze groepen zich kunnen beroepen (bijvoorbeeld: 'Het in het voorgaande lid bedoelde feit is niet strafbaar indien het verblijf plaatsvindt vanwege journalistieke doeleinden, om familie te bezoeken, … (enz)' of 'Niet strafbaar is hij die het in het vorige lid bedoelde feit heeft begaan …').
- Uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid voor deze groepen in andere wetgeving (bijvoorbeeld zoals gebeurt voor militairen in art. 38 Wetboek van Militair Strafrecht).

In het voorgaande kwam naar voren dat het lex certa-beginsel ook een specificiteitsvereiste veronderstelt: strafbaarstellingen dienen beperkt en toegespitst te zijn.[108] Ingeval uitzonderingen op de reikwijdte van een strafbaarstelling wenselijk zijn, dwingt het legaliteitsbeginsel volgens Bogert er zelfs toe 'eerst onder ogen te zien of niet de omschrijving van de gedraging in de delictsomschrijving zelf kan worden aangescherpt en wat hiervan de consequenties zouden zijn.'[109] Dat heeft dus zijn voorkeur boven het afzonderlijk

108 Zie hierboven paragraaf 2.2.1 (Duidelijk geformuleerde normen en voorzienbare strafbaarheid: lex certa-beginsel).

109 P.C. Bogert, *Voor rechtvaardiging en schulduitsluiting: de bijzondere strafuitsluitingsgrond in strafrechtsdogmatisch en wetgevingstechnisch perspectief* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005, p. 293 en 8; zie ook p. 170 met verwijzing naar G.E. Langemeijer, 'De betekenis van veroorlovende normen in het strafrecht voor het privaatrecht', in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en geweten* (Remmelink-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 301 e.v.

voorzien in uitzonderingen.[110] Daarmee neemt Bogert niet alleen stelling wat betreft de te prefereren wetgevingstechniek, evenzeer impliceert hij daarmee dat de lex certa-vereisten zijns inziens minder sterk gelden voor door het recht erkende uitzonderingen op de door een strafbaarstelling gevestigde strafbaarheid van bepaald gedrag.[111] Wij menen dat hij daarin gelijk heeft. Het – ook vanuit legaliteitsoogpunt – geaccepteerde gebruik van algemene strafuitsluitingsgronden illustreert dit onzes inziens: de algemene en abstracte wijze van formuleren die voor de algemene strafuitsluitingsgronden volstaat, is in beginsel niet toelaatbaar voor strafbaarstellingen omdat deze dan nauwelijks nog op specifiek gedrag betrekking zouden hoeven te hebben.

Het legaliteitsbeginsel richt aldus zich primair op strafbaarstellingen en niet zozeer op eventuele uitzonderingen daarop. Dat laat overigens onverlet dat wanneer specifieke uitzonderingen op de strafbaarstelling duidelijker zijn geformuleerd en qua toepassing meer voorzienbaar zijn, dit zou kunnen bijdragen aan het lex certa-gehalte van de strafbepaling zelf. Waar het hier om gaat is dat er een flink aantal verschillende wetgevingstechnieken beschikbaar is om uitzonderingen op strafbaarheid te verwezenlijken, terwijl het afhankelijk kan zijn van de gebruikte techniek welke eisen het lex certa-beginsel aan de verwezenlijking van de uitzondering stelt. Voor dit onderzoek is zoals herhaaldelijk opgemerkt geen concrete specifieke strafbaarstelling of een conceptvoorstel daartoe beschikbaar. Bij die stand van zaken is het hier niet mogelijk precies uiteen te zetten welke eisen bijvoorbeeld aan een journalistieke (of humanitaire hulpverlenings-, bemiddelaars- of militaire) uitzondering zouden moeten worden gesteld. Er valt echter wel iets over te zeggen. Omdat de journalistieke uitzondering ons het meest gecompliceerd lijkt, terwijl de aan dit onderzoek ten grondslag liggende Tweede Kamermotie-Dijkhoff/Oskam[112] alleen daaraan uitdrukkelijk refereert, zullen we ons daarop richten. Dat neemt niet weg dat veel van het navolgende *mutatis mutandis* van toepassing is wanneer men ook in uitzonderingen zou willen voorzien voor bijvoorbeeld hulpverleners of bemiddelaars bij onder meer ontvoeringen of voor een wapenstilstand.

---

110 Zie zonder specifieke verwijzing naar het legaliteitsbeginsel ook J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 286: 'Richtinggevend zou in mijn ogen in de eerste plaats moeten zijn dat op bestanddeelniveau dient te worden geregeld wat normaal gesproken expliciet aan de orde moet komen en dus moet worden bewezen. Echte uitzonderingen lenen zich meer voor een uitsluitingsgrond.'

111 Zie ook P.C. Bogert, *a.w.*, p. 175 en het gestelde op p. 183: 'Hierboven is betoogd dat de min of meer open formulering van artikelleden of bestanddelen van bijzondere strafuitsluitingsgronden in het licht van het legaliteitsbeginsel niet bezwaarlijk hoeft te zijn, vanwege de bevrijdende functie die de bijzondere strafuitsluitingsgrond vervult.'

112 *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 000 IV, nr. 30 (Motie-Dijkhoff/Oskam); zie nader paragraaf 1.1 (Aanleiding en doelstelling van het onderzoek).

Een journalist is volgens Van Dale Groot woordenboek der Nederlandse taal 'iem. die beroepshalve werkt aan het redactionele deel van een nieuwsmedium'. Een meer gedetailleerde omschrijving hanteert de Nederlandse Vereniging van Journalisten (NVJ). Volgens art. 4 lid 3 van de Statuten van de NVJ beschouwt de vereniging 'als journalist degene die, hetzij in dienstverband, hetzij als zelfstandige, er zijn/haar beroep in voltijd of in deeltijd van maakt, mede te werken aan de redactionele leiding of redactionele samenstelling van' onder meer bladen, nieuwssites, programma's, internet, films, beeld- en geluidsdragers enzovoort. Voor zowel de Van Dale als de NJV Statuten staat dus het beroepshalve werken centraal.

Een belangrijk onderdeel van de discussie over een wettelijk bronbeschermingsrecht voor journalisten is aan wie het recht op bronbescherming toekomt, met als belangrijkste onderdeel of het begrip 'journalist' nader kan of moet worden omschreven.[113] Onder meer de volgende definities komen daarbij voor het voetlicht: 'personen die beroepsmatig of regelmatig als journalist in het kader van nieuwsgaring informatie verzamelen of verspreiden'(Raad van State); De 'term journalist means any natural or legal person who is regularly or professionally engaged in the collection and dissemination of information to the public via any means of mass communication' (Council of Europe Recommendation No. R(2000) 7 on the right of journalists not to disclose their sources of information); en 'Een journalist […] is de natuurlijke- of rechtspersoon die zich beroepsmatig bezighoudt met het verzamelen en vervolgens verspreiden van informatie via de media.' (Aanwijzing College van Procereurs-Generaal inzake toepassing dwangmiddelen tegen journalisten, Scrt. 2012/3656).[114] Verder kondigde de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan dat hij een in de Wet op de inlichtingen en veiligheidsdiensten 2002 (Wiv 2002) op te nemen bronbeschermingsrecht wil beperken tot 'degenen die beroepsmatig als journalist informatie verzamelen, verspreiden of publiceren'.[115] In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel hierover wordt gesproken van 'beroepsmatige berichtgever', waarbij het dan gaat om 'een ieder die zich hoofdberoepsmatig (en daarmee vanzelfsprekend ook tegen betaling), dan wel niet-hoofdberoepsmatig doch regelmatig tegen betaling, bezighoudt met het verzamelen, verspreiden of publiceren van informatie ten behoeve van het publieke debat, ongeacht de aard van het gebruikte medium (oude en nieuwe media) en ongeacht de aard van zijn rechtspositionele status (zzp-er, in vaste dienst, deelcontract e.d.)'.[116] Beroepsmatigheid staat bij bovenstaande invalshoeken

113 *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 032, nr. 3, p. 5 (MvT, Bronbescherming in strafzaken).

114 Idem, p. 6-7 (MvT, Bronbescherming in strafzaken).

115 *Kamerstukken II* 2012-2013, 34 032, nr. 49, p. 3 (Brief, AIVD).

116 *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 027, nr. 3, p. 4 (MvT, Wijziging van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 in verband met de invoering van een onafhankelij- →

dus steeds voorop, al is de definitie uit onder meer voormelde Recommendation No. R(2000) 7 ruimer, nu deze naast personen die beroepshalve in informatieverzameling en -verspreiding zijn betrokken ook personen als journalist erkent die zich daarmee niet-beroepsmatig maar wel 'regelmatig' bezighouden.

Het voorgestelde art. 218a Sv vestigt met het oog op bronbescherming echter een verschoningsrecht voor personen 'die als journalist of publicist' over bepaalde gegevens beschikken.[117] In de memorie van toelichting merkt de minister op dat het voor de bronbescherming in strafzaken niet nodig is een 'strikte begrenzing tot de 'beroepsmatige journalist' te hanteren'.[118] Mede daarom krijgt ook de 'publicist' een verschoningspositie. Dat is dan 'iemand die schrijft over (politieke) of actuele aangelegenheden'. Een oorzaak van de toegenomen waarde in het maatschappelijke debat van andere dan beroepsmatige journalisten is dat personen voor hun deelname aan dat debat voor hun publicaties 'niet meer afhankelijk van de infrastructuur en de organisatie van de klassieke media'.[119] Dit maakt de groep die zich met journalistieke werkzaamheden bezighoudt dus diffuser. Daarbij komt – zoals de memorie van toelichting ook aanvoert – dat er een vrije toegang tot het beroep van journalist is (een ieder kan zich zonder vooropleiding of diploma journalist noemen), dat het in hoofdzaak geen vertrouwensberoep is (het is juist gericht op openbaarmaking en niet op geheimhouding), en dat de beroepsuitoefenaren niet zijn onderworpen aan tuchtrecht (de Raad voor de Journalistiek is geen tuchtcollege).[120] Ook om die redenen is het moeilijk de hoedanigheid van journalist materieel duidelijk te omschrijven en af te bakenen.[121]

Een belangrijke reden voor de ruime toekenning van het bronbeschermingsrecht in verband met journalistieke werkzaamheden is ook dat het publieke debat zich niet meer uitsluitend binnen het terrein van de klassieke media afspeelt, maar ook in toenemende mate daarbuiten, bijvoorbeeld op verschillende websites en blogs.[122] Daarbij maakt de minister duidelijk dat publicisten een belangrijke bijdrage kunnen leveren aan de maatschappelijke

---

ke bindende toets voorafgaand aan de inzet van bijzondere bevoegdheden jegens journalisten, welke gericht is op het achterhalen van hun bronnen).

117 *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 032, nr. 2, p. 2 (Voorstel, Bronbescherming in strafzaken).

118 *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 032, nr. 3, p. 8 (MvT, Bronbescherming in strafzaken).

119 Idem.

120 Aldus Idem, p. 7 (MvT, Bronbescherming in strafzaken).

121 Zie ook C.H. Brants, 'Het journalistieke privilege in Nederland: hoe zinvol en wenselijk is een wettelijke regeling?', *DD* 2008, waarin onder het kopje 'Wie is journalist?' diverse belemmeringen en bezwaren betreffende het formeel definiëren van journalist worden besproken. Volgens Brants behoort de vraag dan ook veeleer te zijn: 'wie leveren een dusdanige bijdrage aan het publieke debat dat zij zich omwille daarvan op journalistieke privileges kunnen beroepen'.

122 *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 032, nr. 3, p. 8 (MvT, Bronbescherming in strafzaken).

ontwikkeling en het publieke debat, en dat dit debat op basis van waarheidsgetrouwe informatie en een pluraliteit van meningen moet kunnen worden gevoerd.[123] Ook het beschermen van de vrijheid van meningsuiting is daarbij van belang. Die bescherming is echter niet grenzeloos: het gaat er niet om extra bescherming te geven aan personen die louter hun mening en persoonlijke appreciaties uiten en in de openbaarheid brengen.[124] De vraag is dan waar de grens ligt en of die valt te definiëren. Op zichzelf is het – zoals uit het bovenstaande blijkt – zeer wel mogelijk een formele definitie op te stellen. Maar erop gelet dat de bestaande formele definities nogal uiteenlopen en gezien de diffuse aard van het journalistieke werk en van de journalistieke hoedanigheid, is het vooralsnog niet goed mogelijk gebleken een algemeen aanvaarde definitie op te stellen die materieel adequaat is (voldoende ruim, ook met het oog op art. 10 EVRM) en toch enige scherpte heeft (niet te ruim en wel duidelijk).

Direct bezien vanuit het lex certa-beginsel is hier vooral relevant dat het om verschillende redenen moeilijk is de term journalist scherp te omlijnen. Toch gaan wij nu eerst in op het andere punt dat daarnet aan de orde kwam: het belang van de maatschappij bij het verwerven en verspreiden van waarheidsgetrouwe informatie en een pluraliteit van meningen. Dat belang kan namelijk van invloed zijn op de reikwijdte die men aan de uitzondering geeft, en daarmee op het legaliteitsgehalte van die uitzondering. In verband daarmee wijzen wij erop dat het recht op verspreiding van uitingen en informatie onder art. 10 EVRM uiteraard niet slechts journalisten beschermt, maar 'een ieder' en dus ook willekeurige burgers en private organisaties wanneer deze bijvoorbeeld deelnemen aan het publieke debat.

Zeker ook wanneer op een grondgebied sprake is van een gewapend conflict of controle door een niet democratisch en rechtstatelijk regiem, is het van belang dat vrije en kritische informatie dat gebied in en uit kan. Dit is ook relevant voor de maatschappij in de buitenwereld, waarop het conflict of het regiem immers invloed kan hebben. Informatie over misstanden en dreigingen in het gebied, maar ook bijstelling van ongenuanceerde of zelfs onjuiste informatie daarover, is van groot belang. Dat geldt zeker wanneer in verband met de ontwikkelingen in het desbetreffende gebied politieke besluitvorming in eigen land plaatsvindt. Bovendien kan het van belang zijn om nu of later de waarheid te kunnen vaststellen wanneer zich in dat gebied mogelijk oorlogsmisdrijven of misdaden tegen de menselijkheid afspelen. De klassieke journalistiek is in dit opzicht onmisbaar, maar dat geldt in toenemende mate ook voor andersoortige informatieverzameling en -verspreiding, zoals bijvoorbeeld via blogs, geschreven stukken, foto's en filmbeelden die via internet of social media het publieke debat in gaan. Dat kan juist ook het

123 Idem, p. 8-9 (MvT, Bronbescherming in strafzaken).
124 Idem, p. 9 (MvT, Bronbescherming in strafzaken).

geval zijn wanneer de klassieke journalistiek moeilijk of geen toegang meer heeft tot het desbetreffende gebied. Niet alleen dan is op internet beschikbare informatie overigens een belangrijke informatiebron voor het publiek en ook voor journalisten.[125]

Het EHRM heeft zich tot dus ver onthouden van een definitie van 'journalist' maar het erkent onder meer wel de waarde van het internet in het algemeen – en dus niet alleen voor zover het strikt journalistieke producten daarop betreft – voor de vrijheid van meningsuiting in art. 10 EVRM:[126]

> 'The Court has consistently emphasised that Article 10 guarantees not only the right to impart information but also the right of the public to receive it (…). In the light of its accessibility and its capacity to store and communicate vast amounts of information, the Internet plays an important role in enhancing the public's access to news and facilitating the dissemination of information in general. The maintenance of Internet archives is a critical aspect of this role and the Court therefore considers that such archives fall within the ambit of the protection afforded by Article 10.'[127]

Bovendien erkent het EHRM ook los van het internet de waarde van substantiële 'civil expression' oftewel van uitingen en informatieverschaffing door onder meer niet-gouvernementele organisaties en vanuit de maatschappij die een belangrijke bijdrage aan het publieke debat vormen.[128] In de zaak *Vides Aizsardzibas Klubs* oordeelt het Hof dat de private organisatie in casu de rol van publieke waakhond vervulde, soortgelijk aan de rol van de pers, en dat de wijze waarop de organisatie deelneemt aan het publieke debat essentieel is voor een democratische samenleving.[129] Interessant in dit opzicht is ook de overweging van het EHRM in de zaak *Steel and Morris/The United Kingdom*:

> 'The Government have pointed out that the applicants were not journalists, and should not therefore attract the high level of protection afforded to the press under Article 10. The Court considers, however, that in a democratic society even small and informal campaign groups […] must be able to carry

125 Zie in dit verband ook EHRM 5 mei 2011, *Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel/ Ukraine*, nr. 33014/05, *EHRC* 2011/104 m.nt. Korthals Altes, r.o. 60-68; Council of Europe Recommendation CM/Rec(2007)16 of the Committee of Ministers to member states on measures to promote the public service value of the Internet.

126 Zie over art. 10 EVRM ook paragraaf 3.3.3 (Vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM en art. 19 IVBPR)).

127 EHRM 10 maart 2009, *Times Newspapers Ltd/The United Kingdom*, nr. 3002/03, *NJ* 2010/ 109 m.nt. Dommering, r.o. 27.

128 Zie nader bijv. D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates & C.M. Buckley (red.), *Harris, O'Boyle & Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 632.

129 EHRM 27 mei 2004, *Vides Aizsardzibas Klubs/Lettonie*, nr. 57829/00, r.o. 42.

> on their activities effectively and that there exists a strong public interest in enabling such groups and individuals outside the mainstream to contribute to the public debate by disseminating information and ideas on matters of general public interest […].'[130]

Relevant is hier ook de rechtspraak van het Hof van Justitie EU (HvJ EU). In de zaak *Satamedia* overweegt het hof onder meer:

> 'Om rekening te houden met het belang dat de vrijheid van meningsuiting in elke democratische samenleving toekomt, is het in de eerste plaats noodzakelijk, de daarmee samenhangende begrippen, waaronder het begrip journalistiek, ruim te interpreteren.'[131]

Volgens reikt het HvJ EU een zekere – ruime – definitie aan. Volgens het hof kunnen activiteiten (die betrekking hebben op gegevens afkomstig uit documenten die volgens de nationale wetgeving openbaar zijn[132]) worden aangemerkt als 'journalistieke activiteiten' indien zij:

> 'de bekendmaking aan het publiek van informatie, meningen of ideeën tot doel hebben, ongeacht het overdrachtsmedium. Deze activiteiten zijn niet voorbehouden aan mediaondernemingen en kunnen een winstoogmerk hebben.'[133]

Het voorgaande laat zien dat wanneer de journalistieke uitzondering op de overwogen gebiedsstrafbaarstelling wordt beperkt tot alleen beroepsmatige journalisten, dit uiteindelijk wel degelijk negatieve consequenties kan hebben voor de vrije nieuwsgaring en -verspreiding uit en over die gebieden. Weliswaar genieten journalisten in beginsel de ruimste bescherming onder art. 10 EVRM,[134] maar dat neemt niet weg dat ook burgers in het algemeen en bijvoorbeeld ook niet-gouvernementele organisaties (denk ook aan mensenrechtenorganisaties als Amnesty International en Human Rights Watch) onder deze bepaling bescherming hebben voor uitingen die zij doen en in-

130 EHRM 15 februari 2005, *Steel and Morris/The United Kingdom*, nr. 68416/01, par. 89.

131 HvJ EG 16 december 2008, *Satamedia*, zaak C-73/07, *NJ* 2009/193 m.nt. Mok, r.o. 56.

132 De uitspraak van het hof heeft betrekking op Richtlijn 95/46/EG van het Europese Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, *Pb EG* L 281 van 23.11.1995, p. 31-50, meer in het bijzonder ook op art. 9, waarin de verhouding tussen de bescherming van persoonsgegevens en de vrijheid van meningsuiting is geregeld.

133 HvJ EG 16 december 2008, *Satamedia*, zaak C-73/07, *NJ* 2009/193 m.nt. Mok, r.o. 61.

134 Zie ook D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates & C.M. Buckley (red.), *Harris, O'Boyle & Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 639-640.

formatie die zij verschaffen in het publieke debat. Naarmate de journalistieke uitzondering enger is zal die dus meer op gespannen voet kunnen staan met – in elk geval de strekking van – art. 10 EVRM. Tegelijkertijd zal die dan echter minder vragen oproepen aangaande de reikwijdte ervan: aldus is de betekenis ervan dan duidelijker en de toepassing ervan beter voorzienbaar. Als alternatief is denkbaar dat naast beroepsmatige journalisten bijvoorbeeld ook publicisten en personen die zich 'regelmatig' met journalistieke werkzaamheden bezighouden onder de uitzondering vallen. Dit laat de mogelijkheden voor informatievergadering en -verspreiding meer ongemoeid. Maar dit zal er evenzeer gemakkelijker toe kunnen leiden dat allerlei personen onder een journalistiek mom naar de desbetreffende grondgebieden afreizen terwijl zij feitelijk de intentie hebben het terroristisch regiem te gaan ondersteunen, bijvoorbeeld als 'foreign terrorist fighter'. De reikwijdte van deze uitzondering is echter vager en dus minder voorzienbaar in zijn toepassing. Aan beide opties kleven dus wezenlijke nadelen. Overigens doen zich soortgelijke kwesties voor bij een uitzondering voor humanitaire hulpverleners: een beperkte formele insteek kan ertoe leiden dat allerlei personen van hulpverlening zullen moeten afzien die deze anders wel degelijk hadden willen bieden, een ruime benadering kan de strafbaarstelling ondergraven omdat de hulpverlenersuitzondering te gemakkelijk kan worden misbruikt.

Los van bovengenoemde nadelen is het ook de vraag of een keuze tussen deze opties niet zonder meer een te grove benadering oplevert. Zal het immers niet in veel gevallen afhangen van het desbetreffende individu, diens redenen om op het desbetreffende grondgebied te willen verblijven, en de actuele omstandigheden op het concrete grondgebied of het vanuit het algemeen belang bezien bezwaarlijk is of betrokkene op het grondgebied zal verblijven? De vraag is of aan deze factoren tegemoet is te komen met een mechanisme waarmee van geval tot geval kan worden bekeken of iemand toestemming kan worden verleend om naar een bepaald door terroristen gecontroleerd grondgebied af te reizen. Het zou dan bijvoorbeeld kunnen gaan om een systeem waarin men voor zodanig verblijf over een door de Nederlandse staat uit te geven uitreis- en verblijfsvisum dient te beschikken, waarbij het niet voldoen aan deze verplichting als een strafbaar feit geldt. Bij een dergelijk mechanisme zouden de nadelen van de bovenbesproken opties zich ook minder nadrukkelijk manifesteren. Deze benadering lost bovendien ook een eventueel legaliteitsprobleem op: vooraf is bekend of men wel of niet straffeloos op het desbetreffende grondgebied kan verblijven. Omdat zodanig mechanisme ook nadelen en beperkingen kent, is hiermee niet gezegd dat invoering ervan wenselijk is. Daarbij komt dat dit onderzoek ook geen betrekking heeft op de vraag hoe het uitreizen naar of verblijven op bepaalde grondgebieden juridisch eventueel het meest adequaat zou kunnen worden vormgegeven. De reden dat wij in hoofdstuk 5 wel kort ingaan op het systeem van zogenoemde uitreisvisa is dat zo meer diepgang kan worden geven aan de beoordeling van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling.

2.2.6 Conclusie omtrent lex certa-beginsel

Het uit art. 1 Sr (alsmede art. 16 Grondwet) en art. 7 EVRM voortvloeiende lex certa-beginsel vereist dat strafbepalingen zo duidelijk en specifiek mogelijk zijn geformuleerd en voorzienbaar zijn in hun toepassing. In dit opzicht kent de overwogen gebiedsstrafbaarstelling verschillende problematische componenten, terwijl andere onderdelen minder bezwaarlijk zijn. Dat laatste geldt voor de hierboven getoetste component van 'verblijf', welk verblijf 'vrijwillig' is: deze levert in dit opzicht geen onhanteerbare moeilijkheden op. Wat betreft de component een 'grondgebied' dat onder 'controle' staat, geldt dat ook het onderdeel grondgebied oftewel territorium geen bijzondere problemen oproept vanuit het lex certa-beginsel.

Dat is echter anders voor de op dat grondgebied betrekking hebbende controle. Dit is bezien vanuit het lex certa-beginsel zelfs de meest problematische component van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling. Wanneer in concrete situaties sprake is van controle, is als zodanig weinig scherp doordat dit concept niet steunt op vast en duidelijk kader van criteria en vooral een feitelijke casuïstische beoordeling vergt, terwijl moeilijk voorzienbaar kan zijn tot welk resultaat toepassing van dit concept leidt ten aanzien van een concreet gebied met instabiele controle. Het probleem is dus in beginsel niet dat de betekenis van controle als zodanig te vaag is: op zichzelf is de betekenis van het begrip 'controle' immers taalkundig en juridisch voldoende duidelijk. Het opnemen van een definitie van controle in – bijvoorbeeld de Betekenissentitel van – het wetboek zou de gesignaleerde voorzienbaarheidsproblemen dan ook nauwelijks of niet verhelpen. De onduidelijkheid en onvoorzienbaarheid die de component controle veroorzaakt voor een strafbepaling waarin het gaat om 'een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' wordt ondertussen nog versterkt doordat er ook duidelijkheids- en voorzienbaarheidsproblemen kunnen zijn wat betreft de entiteit die de controle uitoefent. Daarmee komen wij op de volgende component: een 'terroristische organisatie'.

Binnen het kader van strafbaarstellingen als art. 140a Sr is de component 'terroristische organisatie' op zichzelf voldoende duidelijk en voorzienbaar wat betreft toepassing ervan. Dit betekent echter niet dat dit ook zo is in de context van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling. Waar het bij verdenking van overtreding van art. 140a Sr per definitie gaat om betrokkenheid van de verdachte bij een terroristische organisatie, hoeft zodanige betrokkenheid er juist volstrekt niet te zijn indien iemand zich schuldig zou maken aan overtreding van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling, zodat die strafbaarstelling ook duidelijk en voorzienbaar dient te zijn voor personen die niets met terrorisme van doen hebben. Niet algemeen staat echter vast welke in het buitenland opererende entiteiten als terroristische organisaties kwalificeren. Zeker wanneer het daarbij gaat om organisaties die niet door Nederland zelf of door de Europese Unie als zodanig zijn aangemerkt maar wel door andere

landen of organisaties, zal dan ook niet zonder meer voorzienbaar zijn of een organisatie die buiten Nederland de controle over een grondgebied heeft als terroristisch kan, moet of zal worden aangemerkt door een Nederlandse rechter. Voorts zijn er wereldwijd heel wat gebieden die onder controle of invloed van terroristische organisaties staan. In zoverre kan de reikwijdte van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling groter zijn dan goed valt te overzien en dan wenselijk is gezien het specificiteitsvereiste. Een en ander betekent dat toepassing van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling in een concrete zaak onder omstandigheden onvoldoende voorzienbaar zal zijn.

Dit zou overigens deels kunnen worden ondervangen door de terroristische organisaties waarop de overwogen gebiedsstrafbaarstelling betrekking heeft op een lijst aan te wijzen. Dit biedt echter geen oplossing voor de onduidelijkheden die kunnen bestaan omtrent de gebieden die onder controle van die organisaties staan. De grenzen van die gebieden kunnen immers voortdurend wijzigen, deze zijn ook niet steeds onmiddellijk duidelijk en deze kunnen zich over meerdere landen uitstrekken. Om dit te ondervangen zouden ook die gebieden op een lijst kunnen worden vermeld.

Tot slot kan ook de wijze waarop vorm wordt gegeven aan de strafbaarheidsuitzonderingen voor bijvoorbeeld journalisten of humanitaire hulpverleners, bemiddelaars bij onder meer ontvoeringen of voor een wapenstilstand en militairen van belang zijn vanuit het lex certa-beginsel. Juist de journalistieke-exceptie verdient in dit opzicht aandacht. Nu zodanige exceptie op heel wat uiteenlopende manieren en met verschillende reikwijdtes valt te waarborgen, is het niet mogelijk hier tot meer definitieve conclusies te komen omtrent de houdbaarheid daarvan. Niettemin stellen wij vast dat naarmate de journalistieke uitzondering enger is, deze meer op gespannen voet kan komen te staan met – in elk geval de strekking van – art. 10 EVRM. Tegelijkertijd zal die dan echter minder vragen oproepen aangaande de reikwijdte ervan: aldus is de betekenis ervan dan duidelijker en de toepassing ervan beter voorzienbaar.

Uiteindelijk concluderen wij dat het als zodanig strafbaar stellen van 'vrijwillig verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' zoveel duidelijkheids-, specificiteits- en vooral voorzienbaarheidsproblemen oproept, dat het vanuit het lex certa-beginsel bezien onwenselijk is om een dergelijke ongeclausuleerde strafbaarstelling in te voeren.

2.3 Het daadstrafrechtbeginsel

In het materiële strafrecht is het bestaan van een gedraging een elementaire voorwaarde voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van een persoon.[135] Het Nederlandse strafrecht wordt daarom doorgaans getypeerd als een daadstrafrecht.[136] Naast het beginsel 'geen straf zonder schuld' zou men evenzeer 'geen straf zonder gedraging' als fundament van het Nederlandse strafrecht kunnen duiden.[137] De gedraging zal overigens niet per se door degene die strafrechtelijk aansprakelijk wordt gehouden zelf hoeven te zijn vertoond, maar indien het een gedraging van een ander betreft zal die gedraging wel concreet aan eerstgenoemde moeten kunnen worden toegerekend. De hoofdvraag die in het navolgende centraal staat is hoe een eventuele strafbaarstelling van het enkele 'vrijwillig verblijf', welke component de gedraging van 'verblijven' impliceert, op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied zich verhoudt tot dit daadstrafrechtbeginsel. Ter beantwoording daarvan is het nodig eerst meer exact vast te stellen wat de betekenis van dat beginsel is.

2.3.1 Betekenis van het daadstrafrechtbeginsel

Wanneer wordt gesteld dat het Nederlandse strafrecht doorgaans wordt getypeerd als een daadstrafrecht, dan bedoelt men daarmee dat het gaat om een strafrecht waarin strafbaarheid afhankelijk is van waarneembare, strafwaardig te achten gedragingen, en waarin noch 'het enkel zijn' noch 'alleen

135 Zie o.a. J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 147 en 373-374; A.J. Machielse, in: J.W. Fokkens & A.J. Machielse (red.), *Noyon/Langemeijer/Remmelink, Wetboek van Strafrecht*, comm. op Inleiding, Gedraging, aant. 1 t/m 6 (bewerking: 1 augustus 2005); D.H. de Jong & G. Knigge, *Van Bemmelen/Van Veen, Ons strafrecht deel I: Het materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 49-50; C. Kelk & F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 59-62, 433.

136 Anders dan wij hier doen, wordt de term 'daadstrafrecht' overigens soms ook wel gebruikt als tegenhanger van 'daderstrafrecht', waarbij het er dan kort gezegd om gaat of voor het bepalen van de op te leggen straf de daad alles bepalend is (daadstrafrecht) of dat onder meer ook de persoon van de dader, diens achtergrond en diens beweegredenen daarvoor relevant kunnen zijn (daderstrafrecht).

137 P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Kraniotis & G. van Roermund, 'Gedragingen in het materiële strafrecht, strafprocesrecht en sanctierecht. Ontwikkelingen in de sleutel van repressie en doelmatigheid', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Kraniotis & G. van Roermund, *De gedraging in beweging. Handelen en nalaten in het materiële strafrecht, strafprocesrecht en sanctierecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 1.

gedachten' strafbaarheid kunnen opleveren.[138] Het daadstrafrechtbeginsel voorkomt dat het strafrecht zich oneindig en totaal over het menselijk leven zou kunnen uitstrekken. Dit betekent niet dat gedragingen die niet leiden tot voltooiing van hetgeen in een delictsomschrijving is opgenomen, geen strafrechtelijke aansprakelijkheid zouden mogen genereren. Ook gedragingen – zoals het maken van afspraken – in de voorfase van het eigenlijke strafbare feit kunnen zodanige aansprakelijkheid opleveren. Aldus kent het Nederlandse strafrecht onder meer ook de strafbare poging, de strafbare voorbereiding en de strafbare samenspanning. Hoewel te verdedigen valt dat deze onvolkomen delictsvormen een zekere nuancering van het daadstrafrechtbeginsel impliceren, hebben zij toch alle gemeen dat er een gedraging in centraal staat en dat die gedraging concreet moet zijn gericht op een bepaald misdrijf. Het gaat hierbij dus steeds om concreet gevaarzettende gedragingen.

Het daadstrafrecht wordt nog altijd door de bij de wetgeving betrokken organen erkend als grondslag van het Nederlandse strafrecht.[139] Meer fundamenteel is er door de minister van Justitie over opgemerkt:[140]

> 'Het gedachtengoed als zodanig is strafrechtelijk vrij. Cogitationis poenam nemo patitur (letterlijk: voor denken kan niemand aan bestraffing bloot gesteld worden). Fuers Denken kann man Keinen henken. Alle klassieke, door de eeuwen gepolijste adagia die aan het zelfde principe van beperking der staatsmacht uitdrukking geven. Slechts de op een bepaalde tijd en plaats ver-

138 Zie J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 147 en 373-374. Zie ook de in de eerste voetnoot van paragraaf 2.3 genoemde literatuur.

139 Zie bijv. *Kamerstukken II* 2014–2015, 33 945, nr. 2, p. 22 (Verslag Commissie Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten over werkzaamheden 2013), waar Kamerlid Van Toorenburg opmerkt: 'Natuurlijk, in Nederland hebben wij gelukkig een daadstrafrecht en niet een intentiestrafrecht. […] het gaat niet om wat je wilt maar om het effect. Dat is een terechte basis van ons strafrecht. […] Daarbij moet, zeg ik nogmaals, de grens in acht worden genomen dat wij in Nederland nooit willen dat gedachten strafbaar zullen worden.' Zie ook *Handelingen II*, 15 oktober 1991, 10-535 resp. 10-538, waarin Kamerlid Brouwer (bij de behandeling inzake een wetsvoorstel inzake valsheid in geschrift, *Kamerstukken* 21 186) erop wijst dat het 'verschuiven van daadstrafrecht naar intentiestrafrecht, een ontwikkeling [is], die haaks staat op de oorsprong van ons strafrechtsysteem', en waar minister van Justitie Hirsch Ballin met zijn antwoord daarop in feite het daadstrafrechtbeginsel bevestigt: 'Een versoepelen van vereisten is hier niet aan de orde, wèl het wegnemen van een aantal handicaps in het strafrechtelijk bewijzen van gedragingen waarvan de elementen die bekend zijn, overduidelijk indiceren dat hier strafwaardig gedrag in het spel is. Ik bestrijd ook de veronderstelling in de vraag van mevrouw Brouwer dat wij toe zouden gaan naar een intentiestrafrecht.'

140 *Kamerstukken II* 1990-1991, 22 268, nr. 3, p. 5 (MvT, Strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen).

> richte gedraging met bijbehorende omstandigheden, te rubriceren onder een wettelijke delictsomschrijving, dient onderwerp te zijn van strafrechtelijke interventie. Dat deze "gedraging" niet moet worden gedefinieerd als een "gewilde spierkrachtelijke beweging", zintuigelijk waarneembaar en tastbaar – zoals de oudere schrijvers leren[141] – behoeft nauwelijks betoog. Het strafrecht reageert steeds vaker op menselijke daden, waarbij het lichamelijke aspect alszodanig geen enkele rol meer speelt. Bij de actuele rechtstoepassing wordt het daderschapsbegrip gehanteerd als een van de toerekeningscriteria die bij de uiteindelijke strafbaarheid een rol spelen: is er bij de aansprakelijke sprake van een zodanig uiterlijk kenbare opstelling, dat het redelijk is een door de wet geïncrimineerde toestand aan hem toe te rekenen. Die "opstelling" wordt dan vertaald als "gedraging" zonder dat daartoe nodig is dat de "dader" via zijn "beweegzenuwen" een blijvende verandering in de historische werkelijkheid heeft veroorzaakt, zoals in het oorspronkelijk stelsel van de strafwetgever van 1881 onontbeerlijk was. Ik noem hier de talloze omissiedelicten, waarbij zuivere nalatigheid de rechtsgrond voor de strafrechtelijke reactie is.'

Dat noch 'het enkel zijn' noch 'alleen gedachten' strafbaarheid kunnen opleveren ingevolge het daadstrafrechtbeginsel, roept de vraag op wat er dan meer moet zijn om strafrechtelijke aansprakelijkheid te kunnen vestigen. Juist omdat het bovenstaande citaat een zekere nuancering inhoudt van het belang van de gedraging, is het onzes inziens zinvol om van daaruit op deze vraag in te gaan.[142]

In geval van het plegen van een strafbaar feit door een omissiegedraging is van een lichamelijke aspect of een spierkrachtige beweging doorgaans inderdaad nauwelijks of niet sprake. Dat neemt echter niet weg dat ook dan de gedraging centraal staat: bij strafrechtelijke aansprakelijkheid vanwege een omissiedelict is de reden voor die aansprakelijkheid in de kern dat iemand door niet te handelen (door stil te zitten) een strafrechtelijk relevante situatie in de werkelijkheid heeft veroorzaakt of die niet heeft voorkomen. De grondslag van de strafrechtelijke aansprakelijkheid bestaat hier niet in 'het enkel zijn' of in 'alleen gedachten', maar deze ligt in het niet benutten van de bestaande mogelijkheid om de in de toekomst gelegen direct strafrechtelijk relevante situatie tegen te gaan. Dat is de reden dat iemand voor die zich in de werkelijkheid voordoende situatie verantwoordelijk wordt gesteld. Ingeval iemand een strafbaargestelde handeling verricht is de grondslag van die verantwoordelijkheid in beginsel nog evidenter, omdat zodanige handeling feitelijk zelfs een verandering in de feitelijke werkelijk-

141 De hier tot het citaat behorende voetnoot luidt: G.A. van Hamel, *Inleiding tot de studie van het Nederlandsche strafrecht*, 4de druk, bewerkt door J. V. van Dijck, Haarlem/'s-Gravenhage, p. 187.

142 Overigens is dat niet zonder kritiek gebleven; zie recent nog T. Spronken, 'Wat het strafrecht in crises vermag', *NJB* 2014, 1091, passim.

heid veroorzaakt die zich zonder de handeling niet zo zou hebben voorgedaan. Bij een voltooid delict is dat doorgaans zonder meer duidelijk, omdat de in de delictsomschrijving beschreven strafrechtelijk relevante situatie dan is verwezenlijkt. Uiteindelijk doet voormelde werkelijkheidsverandering zich ook voor bij poging, voorbereiding en samenspanning, aangezien de daartoe verrichte handelingen de werkelijkheid beïnvloeden (er is sprake van een begin van uitvoering, er worden voorbereidingen getroffen, er komt een afspraak), terwijl die beïnvloeding als strafrechtelijk relevant valt aan te merken omdat de gedragingen direct zijn gericht op een bepaald misdrijf. Hiermee wordt ook een zeker verschil met het enkele zijn en met alleen gedachten inzichtelijk: deze hebben op zichzelf geen invloed op het wel of niet veranderen van de feitelijke werkelijkheid en zijn in elk geval als zodanig niet effectief gevaarzettend.

Een en ander impliceert dat het voor het kunnen ontstaan van strafrechtelijke aansprakelijkheid inderdaad niet noodzakelijk is dat iemand 'via zijn beweegzenuwen' een blijvende verandering in de historische werkelijkheid heeft veroorzaakt. Dat neemt onzes inziens echter niet weg dat het handelen of nalaten van iemand en het ontstaan van een strafrechtelijk relevante werkelijkheid wel wezenlijk met elkaar in verband moeten staan. Anders zal immers juist wel al gauw het enkele zijn of alleen een gedachte tot strafrechtelijke aansprakelijkheid kunnen leiden. In elk geval wanneer de gedraging een handelen betreft, zal onzes inziens als nadere invulling van dat verband moeten gelden hetgeen door Buruma is opgemerkt: de handeling zal in zoverre een verandering teweeg moeten hebben gebracht dat het beoogde delict daardoor dichterbij is gebracht.[143] Onzes inziens impliceert dit dat slechts een abstracte mogelijkheid dat het delict door de handeling gemakkelijker tot verwezenlijking zou kunnen komen ontoereikend is, het gaat erom dat de verwezenlijking van het delict daadwerkelijk realistischer wordt. Het impliceert ook dat de gedraging niet steeds per se als zodanig strafwaardig hoeft te zijn, als het voldoende realistische mogelijke gevolg ervan dat maar wel is.

2.3.2 Het daadstrafrechtbeginsel en het 'verblijven' op terroristisch grondgebied

Nu de overwogen gebiedsstrafbaarstelling niet ziet op een omissiegedraging, daar die betrekking heeft op het vrijwillig 'verblijven' op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied (een terroristische 'no go zone'), verdienen twee vragen beantwoording. 1. In hoeverre kan zodanig 'verblijven' als een door het daadstrafrechtsbeginsel vereiste handeling

143 Y. Buruma, 'Bestraft zonder iets gedaan te hebben. De indicatieve gedraging in het strafrecht', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Kraniotis & G. van Roermund, *De gedraging in beweging. Handelen en nalaten in het materiële strafrecht, strafprocesrecht en sanctierecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 25 en 37.

gelden? 2. Is er een wezenlijk verband tussen dat 'verblijven' en het ontstaan van een strafrechtelijk relevante werkelijkheid (globaal gesteld: 'terrorisme') c.q. brengt dat verblijven in zoverre een verandering teweeg dat terrorisme daardoor dichterbij wordt gebracht?

De vraag of 'verblijven' als een door het daadstrafrechtsbeginsel vereiste handeling kan gelden, komt vooral op nu deze gedraging nogal passief van aard kan zijn, en dan in elk geval dichter aanligt tegen 'het enkel zijn' (het bestaan, de existentie) dan een echt actieve gedraging. Wanneer aan dat 'verblijven' allerlei activiteiten vooraf zijn gegaan – zoals het organiseren van de reis, het reizen zelf en het zich toegang verschaffen tot het gebied – is dat minder het geval, omdat het verblijven daarmee in een meer actieve context komt te staan. Er is geen reden om – anders dan bij de beoordeling van gedragingen in andere strafbaarstellingen – dergelijke omstandigheden niet mee te laten wegen bij de beoordeling van het verblijven. Maar denkbaar is dat men al op een grondgebied verblijft op het moment dat het onder controle van een terroristische organisatie komt te staan, en dat dit verblijf dan vrijwillig wordt gecontinueerd door simpelweg aanwezig te blijven. Onzes inziens kan ook dan van een gedraging in de zin van het daadstrafrechtsbeginsel worden gesproken. Daarvoor telt dat het niet om als zodanig verblijven gaat, maar om vrijwillig verblijven op een bepaald grondgebied. Wanneer men ergens vrijwillig verblijft, impliceert dit dat men ook weg kan gaan. Dat is een belangrijk verschil met 'het enkel zijn', dat autonoom is en niet afhankelijk is van een plaats of keuze. Van een 'zijn' is sprake onafhankelijk waar men zich bevindt, terwijl de plaats waar men zich bevindt ook niet van invloed op dat 'zijn' is. Een 'zijn' behelst geen handelen of nalaten, terwijl bij het vrijwillig verblijven op een grondgebied wel sprake is van een wijze van doen, aangezien men het verblijven kan aanpassen in weggaan c.q. niet-verblijven op dat grondgebied. Het gaat er dus niet om dat men zich tijdens het verblijven gedraagt, maar dat het verblijven zelf een handelswijze betreft. Om die reden zijn ook de artt. 15, 38la, 38lb Sr ('rechtmatig verblijf […] in Nederland in de zin van artikel 8 van de Vreemdelingenwet 2000') en art. 197 Sr ('vreemdeling die in Nederland verblijft') niet bijzonder problematisch bezien vanuit het daadstrafrechtbeginsel.[144]

De tweede vraag is gecompliceerder. Op zichzelf is het zeer wel mogelijk dat iemand die op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied verblijft een bijdrage levert aan die organisatie, aan terrorisme of aan andere ernstige strafbare feiten zoals misdrijven tegen de menselijkheid, genocide, oorlogsmisdrijven en foltering. In dat geval is er een wezenlijk verband tussen dat 'verblijven' en het ontstaan van een strafrechtelijk relevante werkelijkheid. In die situatie is die persoon echter ook reeds strafbaar

144 Zie over die bepalingen ook paragraaf 2.2.4 (Lex certa en componenten III: vrijwillig verblijf).

ook al is het enkele verblijf op dat grondgebied dat niet. Vanuit het daadstrafrechtbeginsel is dus vooral van belang dat de overwogen gebiedsstrafbaarstelling zich ook zou uitstrekken over personen die niet op andere grond al strafbaar zijn en dat ook zij aldus worden gecriminaliseerd. Personen waarom het hier kan gaan – zo blijkt ook uit het verleden – zijn naast journalisten onder meer bezoekers van familieleden, zakenlieden en ondernemers, eigenaren van onroerend goed of andere bezittingen ter plaatsen, personen die financiële belangen in het gebied hebben, personen die om juridische redenen in het gebied moeten zijn, personen die bona fide religieuze beweegredenen hebben om in of door het gebied te komen, politici, archeologen, wetenschappers, avonturiers, vakantiegangers, quasi journalisten, vertegenwoordigers van niet-gouvernementele mensenrechtenorganisaties, hulpverleners en bemiddelaars bij onder meer ontvoeringen of voor een wapenstilstand.

Het verblijven in deze situatie betreft dus – anders dan poging tot, voorbereiding van en samenspanning tot een misdrijf – op zichzelf geen strafwaardig gedrag[145] en is ook niet concreet gevaarzettend. Er is in de situatie waarom het nu gaat immers geen gerichtheid op enig misdrijf. Interessant is bovendien ook dat het feit dat een bepaald gebied onder controle staat van een terroristische organisatie als zodanig niet een obstakel vormt voor Nederland om vreemdelingen naar dat gebied uit te zetten.[146] Dit bevestigt dat het verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied op zichzelf niet zonder meer als ontoelaatbaar wordt beschouwd door de wetgever, de rechter en het bestuur.[147]

Betekent een en ander dat zodanig verblijven niet strafbaar mag worden gesteld vanwege het daadstrafrechtbeginsel? Koops & Prins hebben er in andere context op gewezen dat het toelaatbaar kan zijn om gedragingen strafbaar te stellen die niet zelf strafwaardig zijn, maar die dusdanig ingrijpende gevolgen kunnen hebben dat niet volstaan kan worden met het afwachten van die gevolgen.[148] Volgens hen kan een eerste reden voor zodanige strafbaarstelling zijn dat een gedraging bijna onvermijdelijk leidt tot het plegen

145 Zie hierna ook paragraaf 2.4 (Wederrechtelijkheidsbeginsel).

146 Zie bijvoorbeeld par. 23.4.5 van het Besluit van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 27 februari 2014, nummer WBV 2014/6, houdende wijziging van de Vreemdelingencirculaire 2000 (*Stcrt*. 2014/6969 van 7 maart 2014); zie o.a. ook Rb 's-Gravenhage 1 augustus 2013, ECLI RBDHA:2013:11272. Interessant is dat in dergelijke gevallen de betrokkene (de vreemdeling) juist vanwege de aanwezigheid van de terroristische organisatie niet op het desbetreffende grondgebied wil verblijven.

147 Zie daarover hierna ook paragraaf 2.4.2 (Het wederrechtelijkheidsbeginsel en het 'verblijven' op terroristisch grondgebied).

148 B.J. Koops & J.E.J. Prins, 'Misbruik van technische hulpmiddelen: een beschouwing over te ver gaande regelingen in het Cybercrime-Verdrag en de Auteursrechtrichtlijn', *Computerrecht* 2004, vol. 11, par. 2.2.

van een strafbaar feit. Hoewel het afreizen naar of verblijven op een door terroristen gecontroleerd gebied in bepaalde gevallen inderdaad een groot risico zal meebrengen dat betrokkene aldaar een bijdrage levert aan strafbare feiten en/of radicaliseert en bij terugkomst in Nederland een al dan niet terroristisch gevaar voor de samenleving vormt, zal dat risico er in allerlei andere gevallen nauwelijks of niet zijn, zoals hierboven al aan de orde kwam.

De tweede door Koops & Prins gevonden reden om gedragingen strafbaar te stellen die niet zelf strafwaardig zijn, is dat deze kunnen leiden tot zeer ernstige gevolgen terwijl strafbaarstelling van alleen het gevolg zelf onvoldoende lijkt of blijkt te zijn. Het op deze grond marginaliseren van het daadstrafrechtbeginsel is niet zonder bezwaren en in deze uitzondering liggen – dan ook – verschillende voorwaarden besloten. Zo geldt het proportionaliteitsvereiste: het met de gebiedsstrafbaarstelling reëel realiseerbare positieve effect (kortweg: tegengaan van bepaalde terrorismerisico's) zal op moeten wegen tegen de negatieve consequenties ervan (kortweg: beperken van bewegingsvrijheid en andere mensenrechten,[149] alsmede criminaliseren van personen die niet bijdragen aan terrorisme). Verder komt in de uitzondering het subsidiariteitsvereiste naar voren: de zeer ernstige gevolgen (kortweg: bepaalde terrorismerisico's) zijn niet voldoende te beheersen door gebruikmaking van een minder ingrijpend middel dan strafbaarstelling van de niet strafwaardige gedraging (kortweg: verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd gebied zonder een bijdrage te leveren aan die organisatie, aan terrorisme of aan andere ernstige strafbare feiten). Hierbij komt onzes inziens bovendien een eis van effectiviteit naar voren: strafbaarstelling van een niet strafwaardige gedraging is hooguit toelaatbaar indien dit daadwerkelijk zal bijdragen of ten minste reëel zal kunnen bijdragen aan het beoogde doel. De vraag is of aan deze vereisten wordt voldaan. Om de proportionaliteit goed te kunnen beoordelen, is het – onder meer – nodig een feitelijk gefundeerde inschatting te maken van het aantal personen dat niets met terrorisme van doen heeft maar wel door de strafbaarstelling in hun bewegingsvrijheid en andere mensenrechten beperkt zouden worden of zelfs zouden worden gecriminaliseerd. Voorts zou voor die proportionaliteitsafweging van belang kunnen zijn of over personen die op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied verblijven maar daar geen bijdrage aan de terroristische organisatie, aan terrorisme of aan enig ander strafbaar feit leveren, in redelijkheid kan worden gezegd dat zij door hun verblijf op het terroristisch grondgebied (de terroristische 'no go zone') terrorisme concreet dichterbij brengen. Deze meer empirische vragen vallen buiten het bestek van dit juridisch onderzoek. Over de twee andere eisen valt meer te zeggen. Vooral het subsidiariteitsbeginsel is problematisch. Nadrukkelijk rijst immers de vraag of het beoogde doel niet evengoed of zelfs beter

149 Zie daarover hoofdstuk 3.

op andere wijze valt te waarborgen, bijvoorbeeld door het voor bepaalde landen of gebieden verplichtstellen van een uitreisvisum.[150] Indien die optie inderdaad zelfs beter aan het doel tegemoet komt, zou de effectiviteitseis een aanvullend bezwaar tegen de gebiedsstrafbaarstelling vormen.

Ten derde constateren Koops & Prins dat strafbaarstelling van op zichzelf niet strafwaardig gedrag soms plaatsvindt vanwege praktische problemen bij de handhaving. Het gaat dan om de situatie dat het gronddelict dermate moeilijk is op te sporen of te vervolgen dat de strafbaarstelling illusoir wordt.[151] Op zichzelf zou de overwogen gebiedsstrafbaarstelling bepaalde vormen van handhaving inderdaad kunnen vereenvoudigen. Invoering van zodanige strafbaarstelling brengt immers mee dat iedereen die terugkeert uit een door een terroristische organisatie gecontroleerd gebied, meteen kan worden aangemerkt als verdachte van overtreding van de gebiedsstrafbaarstelling, zodat allerlei strafrechtelijke dwangmiddelen tegen deze kunnen worden toegepast. Daarbij lijkt dan echter in het algemeen niet de vergemakkelijking van de opsporing van concrete ander strafbare feiten centraal te staan, maar veeleer dat betrokkenen aan een algemeen onderzoek kunnen worden onderworpen teneinde te bezien of van hen een terrorismerisico uitgaat. In zoverre zou invoering van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling dus nog een grotere spanning opleveren met het daadstrafrechtbeginsel dan de door Koops & Prins gevonden nuancering daarvan.

Tot slot zien zij nog een vierde reden waarom het strafrecht niet altijd volstaat met strafbaarstelling van strafwaardige handelingen zelf: de signaalwerking van wetgeving. Deze reden lijkt ons het meest ongrijpbaar. Natuurlijk kan een gebiedsstrafbaarstelling benadrukken dat de autoriteiten elke betrokkenheid bij een door terroristen gecontroleerd grondgebied onwenselijk vinden. Het zegt op zichzelf echter niets over het waarom van die onwenselijkheid. De vraag is bovendien ook of dergelijke symboolwerking een inbreuk op het daadstrafrechtbeginsel kan rechtvaardigen wanneer dit tevens gepaard gaat met beperking van mensenrechten en het criminaliseren van personen die niet van terrorisme worden verdacht en daarmee ook niets te maken hebben.

2.3.3 Conclusie omtrent daadstrafrechtbeginsel

De overwogen gebiedsstrafbaarstelling maakt het vestigen van strafrechtelijke aansprakelijkheid voor op zichzelf niet strafwaardig gedrag mogelijk, leidt tot een beperking van de bewegingsvrijheid en andere mensenrechten,

150 Zie hoofdstuk 5.

151 Zie B.J. Koops & J.E.J. Prins, 'Misbruik van technische hulpmiddelen: een beschouwing over te ver gaande regelingen in het Cybercrime-Verdrag en de Auteursrechtrichtlijn', *Computerrecht* 2004, vol. 11, par. 2.2.

en criminaliseert ook personen die niet bijdragen aan terrorisme. De gedraging van het verblijven op een door terroristen gecontroleerd grondgebied betekent dus in elk geval lang niet altijd dat de verwezenlijking van een delict – laat staan: een bepaald delict – daadwerkelijk realistischer wordt. Van een wezenlijk verband tussen het 'verblijven' en het ontstaan van een strafrechtelijk relevante werkelijkheid is dan geen sprake. In zoverre verhoudt de overwogen gebiedsstrafbaarstelling zich moeilijk met het daadstrafrechtsbeginsel.

Een ten minste wezenlijke spanning met dit beginsel openbaart zicht ook wanneer men de gebiedsstrafbaarstelling meer direct beoordeelt vanuit op het daadstrafrechtbeginsel toegelaten nuanceringen (te weten: voorkomen haast onvermijdelijke gevolgen, voorkomen zeer ernstige gevolgen, oplossen praktische handhavingsproblemen, signaal door wetgeving). Deze nuanceringen laten ruimte voor een zekere afweging, bijvoorbeeld omtrent de proportionaliteit, subsidiariteit en effectiviteit van de met de gebiedsstrafstrafbaarstelling reëel realiseerbare positieve effecten (kortweg: tegengaan van bepaalde terrorismerisico's). Voor die afweging kan onder meer ook de nog te behandelen zwaarte van de inbreuken op mensenrechten relevant zijn. Ook het bestaan van eventuele adequate alternatieven – zoals mogelijk een systeem van uitreisvisa – kan daarvoor belang hebben. Gelet daarop is het niet mogelijk hier al een definitieve eindconclusie te trekken aangaande de houdbaarheid van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling in het licht van de nuanceringen op het daadstrafrechtbeginsel.

Duidelijk is ondertussen echter al wel dat de overwogen gebiedsstrafbaarstelling problematisch is bezien vanuit het daadstrafrechtbeginsel. Ten minste dwingt het beginsel ook tot bezinning en terughoudendheid omtrent strafbaarstelling van op zichzelf niet strafwaardig gedrag. Juist omdat het voorkomen van terrorisme van groot belang is en dus al gauw veel gewicht in de schaal legt, valt vrijwel altijd een redenering op te bouwen dat zodanige strafbaarstelling – en de daarmee gepaard gaande beperking van vrijheidsrechten – kan bijdragen aan het tegengaan van terrorisme. Via die redenering wordt het mogelijk het strafrecht oneindig en totaal over het menselijk leven uit te strekken, terwijl dat nu juist hetgeen is waartegen mede het daadstrafrechtbeginsel beoogt te verzekeren.

2.4 Het wederrechtelijkheidsbeginsel

Naast de vereisten dat sprake dient te zijn van een gedraging (zie het juist hiervoor behandelde daadstrafrechtbeginsel) en van verwijtbaarheid (het schuldbeginsel), wordt ook wederrechtelijkheid algemeen aangemerkt als

een kernvoorwaarde voor strafrechtelijke aansprakelijkheid.[152] In die zin geldt in het Nederlandse strafrecht ook een wederrechtelijkheidsbeginsel: alleen gedrag dat materieel wederrechtelijk is kan tot strafrechtelijke aansprakelijkheid leiden. Het beginsel komt in het strafrecht onder meer tot uitdrukking met: het stelsel van met name wettelijke en jurisprudentiële rechtvaardigingsgronden, die immers aan strafrechtelijke aansprakelijkheid in de weg staan vanwege het ontbreken van wederrechtelijkheid; de opname van wederrechtelijkheid als bestanddeel in diverse strafbepalingen; het culpavereiste, waarvan het wederrechtelijkheidsvereiste deel uitmaakt. Voorts komt het beginsel naar voren in de aard van het strafrecht, dat zich immers slechts op een beperkt soort gedrag richt.

2.4.1 Betekenis van het wederrechtelijkheidsbeginsel

Het voorgaande maakt nog niet duidelijk wat het wederrechtelijkheidsbeginsel als voorwaarde voor strafbaarheid en strafbaarstelling inhoudt. De wet en de rechtspraak bevatten geen definitie van de term wederrechtelijkheid, laat staan dat zij het wederrechtelijkheidsbeginsel omschrijven dan wel formeel omlijnen tot welk type gedrag het strafrecht zich slechts kan uitstrekken. Een indicatie van de betekenis van het wederrechtelijkheidsbeginsel komt wel tot uitdrukking in de volgende bekende formulering van minister van Justitie Modderman:

> ‘Het beginsel is dit: dat alleen datgene mag gestraft worden, wat in de eerste plaats *onregt* is. Dit is eene conditio sine qua non. In de tweede plaats komt de eisch er bij dat het een onregt zij, waarvan de ervaring heeft geleerd dat het (waarbij natuurlijk op den gegeven maatschappelijken toestand te letten is) door geene andere middelen behoorlijk is te bedwingen.’[153]

---

152 Zie – met verdere verwijzingen – o.a. J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 184-186; A.J. Machielse, in: J.W. Fokkens & A.J. Machielse (red.), *Noyon/Langemeijer/Remmelink, Wetboek van Strafrecht*, comm. op Inleiding, Wederrechtelijkheid, aant. inleiding op aant. 1 t/m 14 (bewerking: 1 juni 2008); D.H. de Jong & G. Knigge, *Van Bemmelen/Van Veen, Ons strafrecht deel I: Het materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 8-9; C. Kelk & F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 153-156; R.H. Haveman, *Voorwaarden voor strafbaarstelling van vrouwenhandel*, Deventer: Gouda Quint 1998, p. 74-75. Zie ook J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 34-35.

153 H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, Eerste deel, Haarlem: Tjeenk Willink 1881, p. 11 (Inleiding, grondslagen en algemeene strekking).

In een tamelijk recente beschouwing over de betekenis van het strafrecht merken minister Opstelten en staatsecretaris Teeven van Veiligheid en Justitie onder meer op:

> 'Strafrecht is normstellend recht. Het beschermt de rechtsgoederen van burgers: hun leven, hun vrijheid, hun vermogen en hun eer. […] Het strafrecht is en blijft een zwaar middel en daarom moet zorgvuldigheid worden betracht bij de inzet ervan. Tegelijkertijd dient het strafrecht een adequate reactie op ontoelaatbaar gedrag mogelijk te maken. […] Het gaat, met andere woorden, om een strafrecht dat herkenbaar is maar terughoudend wordt ingezet, een strafrecht dat zorgvuldig is maar tegelijkertijd effectief, een strafrecht dat niet willekeurig is maar wel rekening houdt met individuele behoeften. […] Het strafrecht moet zich mee ontwikkelen met de opkomst van nieuwe rechten en belangen die gevoelig zijn voor aantasting en nieuwe behoeften aan ordening van het maatschappelijk verkeer die tegen inbreuken daarop beschermd moeten worden.'[154]

Materieel gaat het bij wederrechtelijk gedrag om een handelen of nalaten dat onrecht is of veroorzaakt, dat inbreuk maakt op een rechtsgoed, dat zo'n rechtsgoed feitelijk krenkt of concreet aan gevaar blootstelt, dat schade of het risico daarop veroorzaakt, dat afkeurenswaardig is, dat ontoelaatbaar is.[155] Gedrag dat niet in die zin kwalificeert behoort volgens het wederrechtelijkheidsbeginsel niet tot strafrechtelijke aansprakelijkheid leiden.[156] Uit het bovenstaande citaat van minister Modderman blijkt ook dat niet zonder meer elke feitelijke krenking of concrete gevaarzetting van een rechtsbelang het wederrechtelijkheidsbeginsel kan vervullen: het zich daarbij manifesterende onrecht dient kennelijk van een zekere substantie te zijn en voor de inzet van het strafrecht daartegen dient een zekere noodzaak te bestaan. Ook minister Opstelten en staatssecretaris Teeven benadrukken dat het strafrecht een zwaar middel is dat daarom zorgvuldige en terughoudende inzet ervan is aangewezen. Deze uitgangspunten geven in feite uitdrukking aan het ultimum remedium-beginsel, dat inhoudt dat strafrecht een laatste redmiddel is, en dat daarmee dus ook het subsidiariteitsbeginsel benadrukt. Deze aard van het strafrecht komt ook daarin tot uitdrukking dat het gegeven dat een bepaalde gedraging als ontoelaatbaar geldt, zelfs indien die gedraging civiel-

154 *Kamerstukken I* 2012-2013, 33 400 VI, G, p. 4, 7, 8 resp. 12-13 (Brief, Vaststelling van de begrotingsstaten van het Ministerie van Veiligheid en Justitie (VI) voor het jaar 2013).

155 Zie naast bovenstaande citaten ook de literatuur die wordt genoemd in de eerste voetnoot van paragraaf 2.4 (Het wederrechtelijkheidsbeginsel).

156 Zie ook J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 184.

rechtelijk een onrechtmatige daad behelst, op zichzelf nog niet voldoende is om de desbetreffende gedraging ook strafbaar te stellen.[157]

Het voorgaande verschaft enig inzicht in de betekenis van het wederrechtelijkheidsbeginsel. Daarbij is ook helder dat het beginsel geen harde en gemakkelijk toepasbare toetsingsmaatstaf oplevert. Gezien de fundamentele betekenis ervan is tegelijkertijd evenzeer helder dat het beginsel serieus aandacht verdient en dat er recht aan dient te worden gedaan. Aldus zal naarmate de wederrechtelijkheid van gedrag minder evident is, overtuigender dienen te worden toegelicht waarom strafbaarstelling van dat gedrag niettemin is aangewezen ter bestrijding of voorkoming van onrecht. Indien zodanige overtuigende motivering niet valt te geven, zal wat betreft het wederrechtelijkheidsbeginsel van strafbaarstelling dienen te worden afgezien.

2.4.2 *Het wederrechtelijkheidsbeginsel en het 'verblijven' op terroristisch grondgebied*

Zou strafbaarstelling van 'vrijwillig verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' in overeenstemming zijn met het wederrechtelijkheidsbeginsel als voorwaarde voor strafrechtelijke aansprakelijkheid? Op deze vraag valt hier geen ondubbelzinnig antwoord te geven, gezien de weinig exacte aard van het beginsel en het hier bijkomende gebrek aan een concreet conceptvoorstel voor zodanige strafbaarstelling. Toch zijn er zeker aanknopingspunten om tot een beoordeling te komen.

Om meer grip op bovenstaande vraag is krijgen is het nuttig stil te staan bij strafbaarstelling van gedragingen in de zogenoemde voorfase; denk bijvoorbeeld aan strafbare voorbereiding (o.a. art. 46 Sr), samenspanning (o.a. art. 80 jo 96 Sr), training voor terrorisme (art. 134a Sr) en deels ook deelneming aan een terroristische organisatie, waarvoor het immers niet noodzakelijk is dat de organisatie al terroristische misdrijven heeft gepleegd (art. 140a Sr). Op dergelijke strafbaarstellingen is kritiek gekomen, onder meer omdat daarbij sprake zou zijn van strafbaarstelling van gedragingen die op zichzelf bezien niet strafwaardig zijn. Aangezien de overwogen gebiedsstrafbaarstelling in dit onderzoek centraal staat, gaat het op deze plaats niet erom vast te stellen of dergelijke strafbaarstellingen aan het wederrechtelijkheidsbeginsel voldoen. Hier wel van belang is de vaststelling dat deze voorfase-strafbaarstellingen van andere aard zijn dat de overwogen gebiedsstrafbaarstelling.

157 Zie naast de reeds genoemde literatuur bijvoorbeeld ook G.E. Langemeijer, '"Subsocialiteit", materiële wederrechtelijkheid, "zumutbarkeit" (naar aanleiding van prof. mr M.P. Vrij's afscheidscollege "Ter effening")', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1950, p. 6-18, waarin onder meer naar voren komt dat laakbaarheid en onduldbaarheid van gedrag zeer vaak niet voldoende zijn om het ook strafwaardig te doen achten (p. 12).

De voorfase-strafbaarstellingen brengen steeds met bestanddelen tot uitdrukking dat de – op zichzelf niet per se strafwaardige – gedragingen moeten zijn gericht op een misdrijf. De criminele gerichtheid van de gedragingen is aldus een voorwaarde voor strafbaarheid. Bij de strafbare voorbereiding van art. 46 Sr dient het immers te gaan om de voorbereiding van 'een misdrijf' waarop een gevangenisstraf van ten minste acht jaren is gesteld. Bij samenspanning gaat het om het met een of meerdere andere personen sluiten van een overeenkomst om 'een misdrijf' te plegen. Bijvoorbeeld het verwerven of verschaffen van kennis of vaardigheden in art. 134a Sr dient te zijn gericht op het plegen van 'een terroristisch misdrijf' dan wel 'een misdrijf' ter voorbereiding of vergemakkelijking van 'een terroristisch misdrijf'. En bij 140a Sr gaat het om deelneming aan een organisatie die het plegen van terroristische misdrijven 'tot oogmerk heeft'. Verdedigbaar is dat bij deze strafbaarstellingen de beperkte of zelfs afwezige materiële wederrechtelijkheid van de gedraging als zodanig, compensatie vindt in de kwade intentie waarmee de gedraging plaatsvindt.[158]

Voor zover de wetgever 'vrijwillig verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' strafbaar zou stellen, hoeft de terroristische of anderszins criminele gerichtheid met de gedragingen echter niet vast te staan. Sterker nog: er kunnen gemakkelijk personen onder een dergelijke strafbaarstelling vallen bij wie van zodanige gerichtheid ook volstrekt geen sprake is. Zoals opgemerkt kan vrijwillig verblijf immers ook aan de orde zijn bij onder meer journalisten, bezoekers van familieleden, zakenlieden en ondernemers, eigenaren van onroerend goed of andere bezittingen ter plaatsen, personen die financiële belangen in het gebied hebben, personen die om juridische redenen in het gebied moeten zijn, personen met bona fide religieuze beweegredenen om in of door het gebied te komen, politici, archeologen, wetenschappers, avonturiers, vakantiegangers, quasi journalisten, vertegenwoordigers van niet-gouvernementele mensenrechtenorganisaties, hulpverleners en bemiddelaars bij onder meer ontvoeringen of voor een wapenstilstand. Ook deze personen worden dus gecriminaliseerd terwijl allerminst duidelijk is in welk opzicht hun gedraging – te weten: het verblijf op het terroristisch grondgebied – als materieel wederrechtelijk heeft te gelden. Anders dan bij voormelde voorfase-strafbaarstellingen is hierbij zelfs

158 Vgl. B.F. Keulen, 'Strafrecht en crises', in: E.R. Muller e.a., *Crises, rampen en recht* (Handelingen NJV, 2014-I), Deventer: Kluwer 2014, p. 212-215. Overigens neemt dit niet weg dat aan deze benadering – ook vanuit het wederrechtelijkheidsbeginsel – risico's kleven; zie nader J.M. ten Voorde, 'Aanzetten tot criteria voor strafbaarstelling van de voorfase', in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek. Symbolische legitimiteit versus maatschappelijke en sociaalwetenschappelijke realiteit*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2012, p. 65-86.

geen sprake van compensatie van het wederrechtelijkheidstekort in de gedraging als zodanig via de criminele gerichtheid van de betrokkene.

Ondertussen valt misschien nog te verdedigen dat van het verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied een zekere erkenning van de controle of die organisatie kan uitgaan, ook ingeval men feitelijk niet aan die controle of die organisatie bijdraagt en dit ook niet beoogt. Die erkenning zou dan mogelijk kunnen bijdrage aan de legitimiteit van de controle door de terroristische organisatie en daarmee uiteindelijk ook aan die controle en de organisatie zelf. Voor zover men zou willen aannemen dat dit inderdaad een verdedigbare redenering is, lijkt ons deze in een concreet geval echter hooguit op te gaan voor zover iemand op het gebied geen gedragingen verricht die juist tegen die controle of die organisatie ingaan. Maar zelfs dan kan nog hooguit van een indirecte, zwakke en ongrijpbare ondersteuning worden gesproken, aangezien van feitelijke ondersteunende handelingen of uitingen juist geen sprake is. Op deze wijze valt bijgevolg evenzeer hooguit een marginaal wederrechtelijkheidsgehalte van het verblijf te construeren. Van een adequate tegemoetkoming aan het wederrechtelijkheidsbeginsel lijkt ons daarbij geen sprake te zijn. Daarbij komt dat zodanige benadering ook problematisch is erop gelet dat Nederland – zoals eerder opgemerkt[159] – vreemdelingen uitzet naar gebieden die onder controle staan van terroristische organisaties.[160] In voormelde redenering zou Nederland dan door de uitzetting immers bijdragen aan de legitimiteit – en uiteindelijk ondersteuning – van (de controle door) de terroristische organisatie. Veeleer lijkt ons daarom te moeten worden aangenomen dat het genoemde uitzettingsrecht en -beleid impliceren dat het enkele verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied niet als wederrechtelijk geldt volgens de wetgever, de rechter en het bestuur in Nederland.

Natuurlijk kunnen er ook allerlei personen zijn die onder de strafbaarstelling vallen bij wie wel van een criminele gerichtheid – een kwade intentie – sprake is. Dat zal onder meer gelden voor 'foreign terrorist fighters'. Dit doet echter niet eraan af dat de overwogen gebiedsstrafbaarstelling zo ruim is dat deze ook substantiële categorieën situaties bestrijkt waarin de materiële wederrechtelijkheid van het verblijf op het gebied in de zin van onrecht, verwerpelijk, schadelijk enzovoort zowel direct als concreet indirect moeilijk valt aan te wijzen. Dit bezwaar valt evenwel te verhelpen. In de strafbaarstelling zou immers een wederrechtelijkheidsbestanddeel kunnen worden opge-

159 Zie paragraaf 2.3.2 (Het daadstrafrechtbeginsel en het 'verblijven' op terroristisch grondgebied).

160 Zie bijvoorbeeld par. 23.4.5 van het Besluit van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 27 februari 2014, nummer WBV 2014/6, houdende wijziging van de Vreemdelingencirculaire 2000 (*Stcrt*. 2014/6969 van 7 maart 2014); zie o.a. ook Rb 's-Gravenhage 1 augustus 2013, ECLI RBDHA:2013:11272.

nomen. Zo zou de wetgever de strafbaarstelling bijvoorbeeld kunnen beperken tot eenieder die vrijwillig op het grondgebied verblijft en daarbij '(opzettelijk) bijdraagt of (opzettelijk) ernaar streeft bij te dragen aan de terroristische organisatie, aan de controle van het gebied door die organisatie of aan het plegen van terroristische misdrijven ' of iets dergelijks. Hierdoor zouden personen met bona fide gedragingen en intenties (journalisten, familiebezoekers, enz; zie verder de voorbeelden in paragraaf 2.3.2 of paragraaf 1.3) buiten de strafbaarstelling vallen. In dat geval rijst echter weer nadrukkelijk de vraag wat de meerwaarde van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling zou zijn ten opzichte van de reeds bestaande strafbaarstellingen die op de voorfase betrekking hebben. In hoofdstuk 5 komen wij op die vraag terug.

Een nog weer andere oplossing zou zijn dat voor genoemde en andere personen specifiek in een bijzondere strafuitsluitingsgrond wordt voorzien. Dit lijkt ons echter wetgevingstechnisch een moeilijk realiseerbare dan wel onwenselijke optie. Het in zo'n bijzondere strafuitsluitingsgrond specifiek noemen van categorieën personen stuit op twee problemen. Gelet op de diversiteit en onbepaaldheid van situaties waarin en personen waarbij het vrijwillig verblijf niet materieel wederrechtelijk is, lijkt het vrijwel ondoenlijk om deze situaties en personen in wettelijke formuleringen te vangen. Daarnaast lijkt het ons welhaast onmogelijk om tot een dusdanig volledige strafuitsluitingsgrond te komen dat die alle mogelijke personen en situaties bestrijkt waarin strafbaarheid vanwege ontbreken van materiële wederrechtelijkheid niet is aangewezen.

Als alternatief zou men nog voor een abstracte bijzondere strafuitsluitingsgrond kunnen opteren, waarin bijvoorbeeld strafbaarheid wordt uitgesloten voor een ieder die 'niet heeft bijgedragen aan de terroristische organisatie of aan de controle van het gebied door die organisatie en evenmin de intentie daartoe had'. Daartegen zijn echter weer diverse andere bezwaren aan te voeren. Ten eerste betekent dit dat de 'bewijslast' in feite bij de betrokkene komt te liggen: deze moet bewijzen dat van een wederrechtelijke gedraging geen sprake was in plaats van dat de autoriteiten (uiteindelijk de rechter) dient te bewijzen dat de gedraging wel wederrechtelijk was. Dat zal – zeker nu de gedragingen zich in een (door een terroristische organisatie gecontroleerd) buitenlands territorium afspeelden – in veel gevallen niet gemakkelijk zijn zo niet ondoenlijk. Dit is temeer problematisch omdat de strafbaarstelling zich over vele vormen van niet-wederrechtelijk vrijwillig verblijf uitstrekt. Daarmee komen wij op een tweede bezwaar: de bijzondere strafuitsluitingsgrond zou niet beperkt zijn tot echte uitzonderlijke situaties,[161] maar zou veeleer fungeren als een wezenlijke correctie op de keuze

161 Zie o.a. J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 286; zie ook P.C. Bogert, *Voor rechtvaardiging en schulduitsluiting: de bijzondere strafuitsluitingsgrond in strafrechts-* →

om geen enigszins toegespitste strafbaarstelling op te stellen. Dit staat overigens ook op gespannen voet met het materieel strafrechtelijk systeem, waarin immers wederrechtelijkheid als bestanddeel in de delictsomschrijving wordt opgenomen wanneer de strafbaarstelling daarzonder een te ruim bereik zou hebben omdat de overige bestanddelen regelmatig op een niet strafwaardig te achten wijze worden vervuld.[162]

2.4.3 Conclusie omtrent wederrechtelijkheidsbeginsel

Strafbaarstelling van 'vrijwillig verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' verhoudt zich moeilijk tot het wederrechtelijkheidsbeginsel. Dat is niet per se het geval voor zover degene die verblijft feitelijk bedraagt aan de terroristische organisatie of de controle daardoor dan wel voor zover betrokkene de intentie heeft zodanige bijdrage te leveren. Die problematische verhouding is er wel omdat de overwogen gebiedsstrafbaarstelling zich ook uitstrekt over personen die op het terroristische gebied verblijven terwijl zij feitelijk geen bijdrage leveren aan de terroristische organisatie of dier controle en daarop ook volstrekt niet zijn gericht. Hierbij is de materiële wederrechtelijkheid van het verblijf op het gebied – in de zin van onrecht, verwerpelijkheid, schadelijkheid enzovoort met voldoende substantie – zowel direct als concreet indirect moeilijk aanwijsbaar. Anders dan bij zogenoemde voorfasedelicten (zoals art. 46 Sr, art. 80a Sr, art. 134a Sr en 140a Sr) is hierbij zelfs geen sprake van compensatie van het wederrechtelijkheidstekort in de gedraging als zodanig via de criminele intentie van de betrokkene. De redenering dat het verblijf op een terroristisch grondgebied materieel wederrechtelijk is omdat daarvan een zekere erkenning en daarmee legitimering van de controle of de terroristische organisatie uitgaat, bleek daarbij ontoereikend en uiteindelijk zelfs moeilijk overeind te houden. Overigens zou aan deze bezwaren tegemoet kunnen worden gekomen door in de gebiedsstrafbaarstelling een op de bijdrage aan terrorisme gericht wederrechtelijkheidsbestanddeel op te nemen dan wel door in aanvulling op de gebiedsstrafbaarstelling te voorzien in een – specifieke dan wel algemene – bijzondere strafuitsluitingsgrond. De – in hoofdstuk 5 te beantwoorden – vraag is echter of deze varianten niet op dusdanig wezenlijke bezwaren stuiten dat zij moeilijk als adequate oplossingen kunnen fungeren.

---

dogmatisch en wetgevingstechnisch perspectief (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005, o.a. p. 293-295 en 306.

162 Zie J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 186.

2.5 Conclusie

De overwogen strafbaarstelling van 'vrijwillig verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' stuit op serieuze bezwaren vanuit alle drie strafrechtelijke grondbeginselen waaraan in dit hoofdstuk is getoetst: het lex certa-beginsel, het daadstrafrechtbeginsel en het wederrechtelijkheidsbeginsel. Voor zover dus inderdaad een dergelijke delictsomschrijving zou worden ingevoerd – maar dat is niet zeker nu een concrete specifieke strafbaarstelling of een conceptvoorstel daartoe niet voorhanden is, hetgeen een precieze toetsing in dit hoofdstuk heeft bemoeilijkt – zijn er dus zwaarwegende bezwaren daartegen. Enkele van die bezwaren zijn oplosbaar door aanvullende bestanddelen aan de eventuele delictsomschrijving toe te voegen. Wat betreft 'terroristische organisatie' en 'gecontroleerd gebied' zou bijvoorbeeld aan de door het lex certa-beginsel vereiste voorzienbaarheid tegemoet kunnen worden gekomen door in de strafbaarstelling te verwijzen naar een lijst met een opsomming van terroristische organisaties en territoriale gebieden waarop de strafbaarstelling ziet. Daarmee zou de strafbaarstelling echter weer wel aan flexibiliteit en inzetbaarheid kunnen verliezen, omdat verblijf op een terroristisch gebied dat pas recent in handen van een terroristische organisatie is gevallen mogelijk nog niet in de lijst is verwerkt. Verder valt aan het daadstrafrechtbeginsel en het wederrechtelijkheidsbeginsel recht te doen door opneming van een op de bijdrage aan de terroristische organisatie gericht wederrechtelijkheidsbestanddeel. Bij die oplossing rijst echter weer de vraag – waarop in hoofdstuk 5 wordt teruggekomen – of de strafbaarstelling nog voldoende toegevoegde waarde zou kunnen hebben ten opzichte van bijvoorbeeld voorfase-strafbaarstellingen als strafbare voorbereiding (o.a. art. 46 Sr), samenspanning (o.a. art. 80 jo 96 Sr) en training voor terrorisme (art. 134a Sr). Juist gelet op de bezwaren gelet vanuit de drie besproken fundamentele strafrechtelijke beginselen, en gezien de nadelen van oplossingen die aan deze bezwaren tegemoet komen, kan het nuttig zijn om te bezien of het vrijwillig verblijf op een terroristische gebied niet op een zodanig andere wijze kan worden bestreden dat de gesignaleerde bezwaren zich veel minder voordoen. Teneinde meer diepgang te geven aan de beoordeling van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling zullen wij in hoofdstuk 5 ook enige aandacht besteden aan het systeem van zogenoemde uitreisvisa, dat mogelijk als een dergelijk alternatief zou kunnen functioneren.

3 Mensenrechtelijke parameters

Toetsing van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling aan fundamentele rechten en vrijheden

3.1 Inleiding

De overwogen gebiedsstrafbaarstelling betreft het verbod vrijwillig op een gebied dat door een terroristische organisatie wordt gecontroleerd te verblijven en raakt daarmee aan fundamentele mensenrechten en vrijheden. Het ligt in dit hoofdstuk dan ook in de rede allereerst te bezien of de strafbaarstelling toelaatbaar is vanuit het recht op vrijheid van beweging c.q. het recht om elk land – inclusief het eigen land – te verlaten. Verder kunnen in bepaalde gevallen ook andere fundamentele rechten – afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval – een rol spelen. Dat geldt meer in het bijzonder voor het recht op privé-, familie en gezinsleven alsook het recht op vrijheid van geloofsovertuiging c.q. religie en het recht op vrijheid van meningsuiting. Ook deze komen daarom in het navolgende aan de orde.

Daarmee vorm het navolgende ondertussen geen uitputtende behandeling. Denkbaar is immers dat in bijzondere gevallen bijvoorbeeld ook de volgende rechten spelen: het recht op vergadering en vereniging (iemand behoort tot of wil zich aansluiten bij een legitieme organisatie op het verboden gebied); het recht om te huwen (iemand heeft trouwplannen met iemand uit het verboden gebied), het recht op eigendom (iemand heeft bezittingen in het verboden gebied); het discriminatieverbod (wanneer het verbod vooral personen treft van bepaalde etniciteit en/of geloofsovertuiging). Hoewel deze rechten dus niet expliciet aan bod komen hierna, is het navolgende veelal wel mutatis mutandis van toepassing op die rechten. Beperking van deze rechten is in beginsel immers slechts onder dezelfde voorwaarden mogelijk als beperking van de hierna wel besproken rechten.

Zoals geldt voor de toetsing in het vorige hoofdstuk, kampt ook de toetsing aan deze verschillende mensenrechten met de moeilijkheid dat een concrete specifieke strafbaarstelling of een conceptvoorstel daartoe niet voorhanden is. Er is nog slechts sprake van een idee tot strafbaarstelling van 'het vrijwillig verblijf op door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied'. Hierdoor moet de vraag of de overwogen gebiedsstrafbaarstelling in overeenstemming is met de inhoud en strekking van de relevante fundamentele mensenrechten wat algemener en ook ruimer worden opgevat en behandeld. Het abstractieniveau is tweeledig: de toetsing moet plaatsvinden terwijl noch sprake is van een toepassing van een wettelijke maatregel *in concreto*, noch van een concreet uitgewerkte specifieke gebiedsstrafbaarstelling *in abstracto*. De vraag die in dit hoofdstuk centraal staat is dan ook welke knelpunten of obstakels voor een zodanige strafbaarstelling volgen uit de inhoud

en strekking van fundamentele mensenrechten en met welke waarborgen ter voorkoming van strijdigheid met fundamentele mensenrechten de Nederlandse wetgever rekening dient houden. Wat betreft die analyse vanuit het perspectief van de fundamentele rechten dient rekening te worden gehouden met het volgende:

1. Door de in dubbel opzicht onvermijdelijke abstracte toetsing is er geen 'natuurlijke' aansluiting bij de benadering van de mensenrechtelijke internationale toezichtsorganen zoals het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en het IVBPR Mensenrechtencomité (Human Rights Committee/HRC): deze organen laten zich immers doorgaans niet erover uit of bepaalde wetgeving als zodanig in overeenstemming met de verdragseisen is, maar toetsen meestal primair of de toepassing in een concrete casus verenigbaar is met met de mensenrechten uit het verdrag.[1] Uit die casuïstische toetsingen door deze organen dienen dus rechtsregels en -beginselen te worden afgeleid teneinde een toetsing van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling mogelijk te maken. Overigens biedt de international mensenrechtenjurisprudentie daartoe vaak wel de nodige handvatten, nu die jurisprudentie ook allerlei algemene rechtsregels en -beginselen expliciteert.
2. De concrete gevallen waarop voornoemde mensenrechtenjurisprudentie betrekking heeft, betreffen in veel gevallen niet het Nederlandse rechtssysteem maar dat van een ander land. Aldus zal soms ook in dat opzicht een vertaalslag dienen plaats te vinden.
3. Ook vanwege het voorgaande kiezen wij – zoals reeds toegelicht[2] – voor een 'statische' interpretatie van de jurisprudentie van de relevante internationale mensenrechtenorganen, wat wil zeggen: wij gaan uit van de stand van de rechtsontwikkeling zoals die op dit moment uit die jurisprudentie blijkt en zullen dus niet trachten om de mogelijk toekomstige dynamiek in de interpretatie van de mensenrechtenverdragen in het licht van de 'present-day conditions' in de uitleg van die jurisprudentie te verdisconteren.

---

1 Zie o.a. EHRM 5 oktober 2006, *Bolat/Russia,* nr. 14139/03, r.o. 67 (met verwijzing naar EHRM 24 mei 1989, *Hauschildt/Denmark, NJ* 1990/627 m.nt. Van Dijk) overweegt het Hof dat 'it is not the Court's task to review the relevant law and practice *in abstracto*, but to determine whether the manner in which they were applied in a particular case gave rise to a violation'. Onder omstandigheden, zoals in geval van toetsing van heimelijke opsporingsmethoden aan art. 8 EVRM, heeft het Hof ook meer algemene klachten over het betreffende wettelijke kader beoordeeld. In dit geval moet de klager aannemelijk maken dat het wettelijke kader op hem zou kunnen worden toegepast, zie o.a. EHRM 18 mei 2010, *Kennedy/The United Kingdom,* nr. 26839/05, r.o. 124.

2 Zie paragraaf 1.4 (Het onderzoek: aard, methodologie en rechtsbronnen).

In het navolgende staat een toetsing aan het EVRM en de bijbehorende jurisprudentie van het EHRM voor wat betreft de meest relevante mensenrechten centraal. Omdat de overwogen gebiedsstrafbaarstelling per definitie in de sfeer ligt van het recht op bewegingsvrijheid zal daarop het uitgebreidst worden ingegaan. Ter nadere verdieping is er daarbij ook ruim aandacht voor het IVBPR en de door het Mensenrechtencomité daaruit afgeleide hier relevante gezichtspunten, rechtsregels en beginselen. Voor wat betreft de andere hierna te behandelen mensenrechten – die in potentie slechts meer incidenteel spelen – is de toetsing beknopter en is er minder uitgebreid aandacht voor het IVBPR en de jurisprudentie van het Comité.

3.2 VRIJHEID VAN BEWEGING C.Q. RECHT OM LAND TE VERLATEN

Allereerst verdient het mensenrecht op vrijheid van beweging aandacht. Het verbod om te verblijven op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied, beperkt immers de mogelijkheid voor individuen om te gaan en staan waar zij willen.

3.2.1 Artikel 2 Vierde Protocol EVRM[3]

Het recht op bewegingsvrijheid is gewaarborgd in Art. 2 lid 1 en lid 2 van het Vierde Protocol bij the EVRM. Uit deze bepaling vloeien drie individuele rechten voort: (1) het recht om zich vrijelijk binnen een grondgebied te bewegen; (2) het recht om ieder land te verlaten; en als consequentie van deze rechten (3) het recht om vrijelijk een verblijfplaats te kiezen binnen of buiten de grenzen van het grondgebied van rechtmatig verblijf, waarbij het verblijf buiten dat grondgebied niet met zich meebrengt het recht om tot een andere land toegelaten te worden. Betreffende deze rechten bevat het derde lid een algemene beperkingsclausule, vormgegeven overeenkomstig het toetsingsschema van de tweede leden van de artt. 8 t/m 11 EVRM (voorzien bij wet, legitiem doel en noodzakelijk in een democratische samenleving). Additioneel bevat het vierde lid nog een specifieke beperkingsclausule voor het in het eerste lid verankerde recht om zich vrijelijk te verplaatsen en vrijelijk een verblijfplaats te kiezen.[4]

3 Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the first Protocol thereto, CETS No. 046, inwerkingtreding 2/6/1968. Door Nederland op 23/6/1982 geratificeerd, op 23/6/1982 in werking getreden. Nederland heeft ook enkele verklaringen gedeponeerd, maar deze blijven hier verder buiten beschouwing.

4 Zie uitgebreid J.H. Gerards, in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM*, comm. op art. 2 Vierde Protocol EVRM (2013).

i. Reikwijdte van het recht op vrijheid van beweging
De eerste vraag is of strafbaarstelling (een verbod) van vrijwillig verblijf in een door een terroristische organisatie gecontroleerd gebied een inmenging (inbreuk) teweegbrengt op de rechten van art. 2 lid 1 en lid 2 Vierde Protocol EVRM.

Recht om zich vrijelijk te verplaatsen (art. 2 lid 1 Vierde Protocol EVRM)
Art. 2 lid 1 Vierde Protocol EVRM bepaalt: 'Een ieder die wettig op het grondgebied van een Staat verblijft, heeft binnen dat grondgebied het recht zich vrijelijk te verplaatsen en er vrijelijk zijn verblijfplaats te kiezen.' Drie beperkingen op het toepassingsbereik van het recht zijn relevant. Ten eerste is het recht slechts van toepassing bij *wettig* verblijf op het grondgebied van een staat,[5] en beslaat het dus niet de regulering van toelating van vreemdelingen. Evenmin is het recht van toepassing op personen die illegaal op het grondgebied verblijven.[6]

Ten tweede is het toepassingsbereik van dit recht beperkt tot vrijheids*beperkende* maatregelen, en strekt het zich dus niet uit over vrijheids*benemende* maatregelen. Deze laatste zijn het onderwerp van art. 5 EVRM.[7] Invoering van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling brengt niet direct de vrijheidsbeneming van individuen met zich (indirect kan daarvan uiteindelijk wel sprake zijn, namelijk indien een individu aan vrijheidsbenemende dwangmiddelen wordt onderworpen na verdenking van of veroordeling wegens overtre-

5 Zie bijv. EHRM 22 februari 2007, *Tatishvili/Russia*, nr. 1509/02, *AB* 2007/324 m.nt. Barkhuysen; EHRM 20 november 2007, *Omwenyeke/Germany*, nr. 44294/04 (ontvankelijkheidsbeslissing); EHRM 27 april 1995, *Piermont/France*, nr. 15773/89, *NJ* 1996/498 m.nt. Dommering.

6 EHRM, 27 april 1995, *Piermont/France*, nr. 15773/89, *NJ* 1996/498 m.nt. Dommering, r.o. 49. Zie ook D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates & C.M. Buckley (red.), *Harris, O'Boyle & Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 954.

7 Het verschil is gradueel van aard, zoals blijkt uit de jurisprudentie van het EHRM, en de afbakening geschied aan de hand van de beoordeling van alle relevante omstandigheden van het geval zoals aard, duur, gevolgen en uitvoeringswijze van de in casu genomen maatregel. Hoe meer de concrete situatie van de klager op een detentie lijkt, hoe sneller het Hof tot toepassing van artikel 5 EVRM zal beslissen; zie uitgebreid J.H. Gerards, in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM*, comm. op art. 2 Vierde Protocol EVRM (2013), aant. C.1.1.2. Maatregelen als een meldingsplicht, toestemming vragen voor verplaatsing, huisarrest of een gebiedsverbod vallen alle eerder onder de reikwijdte van artikel 2 lid 1 Vierde Protocol dan artikel 5 EVRM. Zie ook EHRM 6 november 1980, *Guzzardi/Italy*, nr. 7367/76, r.o. 93: 'The difference between deprivation of and restriction upon liberty is nonetheless merely one of degree or intensity, and not one of nature or substance'; EHRM 20 april 2010, *Villa/Italy*, nr. 19675/06, r.o. 41; EHRM 17 januari 2012 (GK), *Stanev/Bulgaria*, nr. 36760/06, *EHRC* 2012/83 m.nt. Arends, r.o. 115.

ding van de strafbaarstelling). De vrijheidsbeperking moet daarbij bovendien een *feitelijke* beperking van de bewegingsvrijheid opleveren; onvoldoende is een enkel subjectief ervaren belemmering, zoals wel het geval was in de zaak *Colon/The Netherlands*. In deze zaak stelde de klager dat de maatregel van preventief fouilleren in een Amsterdams veiligheidsrisicogebied een beperking opleverde op zijn bewegingsvrijheid nu hij zich door de maatregel ontmoedigd voelde dat gebied te betreden (de Amsterdamse oude binnenstad). Het EHRM achtte deze klacht kennelijk ongegrond nu de maatregelen behoudens eventueel ongemak (*inconvenience*) van de fouillering, niet daadwerkelijk in zijn bewegingsvrijheid werd beperkt.[8] Dit is anders wat betreft de overwogen gebiedsstrafbaarstelling: deze houdt immers een verbod in van het zich begeven en bevinden op een bepaald, buiten Nederland gelegen grondgebied. Daarmee is sprake van een daadwerkelijke belemmering van de bewegingsvrijheid van individuen die verder gaat dan enkel *inconvenience*.[9]

Ten derde moet de individuele bewegingsvrijheid worden gegarandeerd binnen een bepaald *grondgebied* van een staat die partij is bij het EVRM en die het Vierde Protocol heeft geratificeerd. Het dient dus te gaan om wettig verblijf op een grondgebied dat binnen de jurisdictie van de staat valt. Voor zover de overwogen gebiedsstrafbaarstelling betrekking heeft op buitenlandse territoria of althans territoria waarover Nederland geen rechtsmacht en evenmin 'effective control'[10] heeft, is het recht uit het eerste lid dus niet van toepassing. Deze beperking brengt mee dat de overwogen gebiedsstrafbaarstelling in beginsel niet kan worden gezien als een beperking in de zin van art. 2 lid 1 Vierde Protocol EVRM.

Recht om het land te verlaten (art. 2 lid 2 Vierde Protocol EVRM)

De overwogen gebiedsstrafbaarstelling levert wel een beperking op van bewegingsvrijheid in de zin van het tweede lid van art. 2 Vierde Protocol EVRM, dat bepaalt dat eenieder het recht heeft 'welk land ook, met inbegrip van het eigen land, te verlaten'. Volgens de standaardformulering van het EHRM geldt dat

---

8 EHRM 15 mei 2012, *Colon/The Netherlands*, nr. 49458/06, *EHRC* 2012/199 m.nt. Van Sasse van Ysselt, (ontvankelijkheidsbeslissing), r.o. 100.

9 Volgens het EHRM vormt een *verplichting* om toestemming te vragen voor het verlaten van de eigen woonplaats, al dan niet in het kader van borgstelling, een beperking van de vrijheid van beweging 'in a manner amounting to an interference within the meaning of Article 2 of Protocol No. 4 to the Convention'; zie o.a. EHRM 22 november 2005, *Antonenkov/Ukrain*, nr. 14183/02, r.o. 52.

10 Vgl. de EHRM-rechtspraak genoemd in paragraaf 2.2.2 (Lex certa en componenten I: controle van een grondgebied).

> 'the right of freedom of movement as guaranteed by paragraphs 1 and 2 of Article 2 of Protocol No. 4 is intended to secure to any person a right to liberty of movement within a territory and to leave that territory, which implies a right to leave for such country of the person's choice to which he may be admitted'.[11]

Aldus vallen het land van bestemming alsook het doel van het vertrek en de duur ervan binnen het bestek van de 'person's choice'. Het is juist die keuze die de kern vormt van het individuele recht op vrijheid van beweging. Het recht om een land te verlaten is sterk verbonden met het recht om noodzakelijke reisdocumenten te hebben of kunnen verkrijgen.[12] Hieruit volgt dat elke maatregel die betrokkenen het recht ontneemt gebruik te maken van reisdocumenten en daarmee desgewenst naar het buitenland af te reizen, een beperking impliceert van art. 2 lid 2 Vierde Protocol EVRM.[13] De meeste door het Europees Hof beoordeelde zaken aangaande het recht om het land te verlaten hebben betrekking op een uitreisverbod. Zo somt het EHRM in *Battista/Italy* allerlei zaken op waarin ten minste sprake was van een inbreuk[14] op art. 2 lid 2 Vierde Protocol EVRM en waarin het Hof dus een oordeel moest geven over de rechtmatigheid van het uitreisverbod en/of de intrekking van een paspoort of een weigering dit uit te geven:[15] tijdens een strafrechtelijke procedure;[16] als een politiële maatregel bij verdenking van banden

11 EHRM 3 december 2013, *Bulea/Romania*, nr. 27804/10, *EHRC* 2014/56 m.nt. Van den Brink, r.o. 56; EHRM 21 december 2006, *Bartik/Russia*, nr. 55565/00, r.o. 36; EHRM 13 november 2003, *Napijalo/Croatia*, nr. 66485/01, r.o. 68; EHRM 22 mei 2001, *Baumann/France*, nr. 33592/96, r.o. 61.

12 Zie o.a. EHRM 21 december 2006, *Bartik/Russia*, nr.55565/00, r.o. 36; EHRM 13 november 2003, *Napijalo/Croatia*, nr. 66485/01.

13 EHRM 22 mei 2001, *Baumann/France*, nr. 33592/96, r.o. 62; EHRM 13 november 2003, *Napijalo/Croatia*, nr. 66485/01, r.o. 69, 73; EHRM 30 maart 2004, *Timishev/Russia*, nr. 55762/00, *EHRC* 2006/19 m.nt. Henrard (ontvankelijkheidbeslissing); EHRM 21 december 2006, *Bartik/Russia*, nr.55565/00, r.o. 36.

14 Overigens stelde het EHRM in veel van deze gevallen uiteindelijk zelfs ook een schending vast.

15 EHRM 2 december 2014, *Battista/Italy*, nr. 43978/09, r.o. 36. Zie ook de opsomming van gevallen in EHRM 11 juli 2013, *Khlyustov/Russia*, nr. 28975/05, r.o. 85.

16 ECieRM 9 juli 1985, Schmidt/Austria, nr. 10670/83; EHRM 22 mei 2001, *Baumann/France*, nr. 33592/96, r.o. 62; EHRM 31 oktober 2006, Földes and Földesné Hajlik/Hungary, nr. 41463/02; EHRM 25 januari 2007, Sissanis/Romania, nr. 23468/02; EHRM 21 oktober 2008, Bessenyei/Hungary, nr. 37509/06; EHRM 31 maart 2009, A.E./Poland, nr. 14480/04; EHRM 2 juli 2009, Iordan Iordanov/Bulgaria, nr. 23530/02; EHRM 20 januari 2011, Makedonski/Bulgaria, nr. 36036/04; EHRM 17 februari 2011, Pfeifer/Bulgaria, nr. 24733/04; EHRM 7 juni 2011, Prescher/Bulgaria, nr. 6767/04; EHRM 24 januari 2012, Miażdżyk/Poland, nr. 23592/07, EHRC 2012/84 m.nt. Van den Brink.

met de maffia;[17] bij administratieve inbeslagname van een paspoort;[18] ten behoeve van tenuitvoerlegging van een straf;[19] na een strafrechtelijke veroordeling en tot het moment van resocialisatie van de veroordeelde;[20] tijdens een faillissementsprocedure;[21] bij weigering om de douane straffen te betalen;[22] bij het niet voldoen van belastingverplichting;[23] bij het niet voldoen van betalingsverplichting aan private personen;[24] bij het bekend zijn met 'staatsgeheimen';[25] bij het niet voldoen aan militaire dienstplicht;[26] bij psychische stoornis van de betrokkene terwijl er in het land van bestemming geen adequate zorgvoorziening is;[27] bij een rechtelijk verbod minderjarige kinderen naar het buitenland over te brengen;[28] bij een tweejarig uitreisverbod van een Bulgaarse burger uit Bulgarije vanwege schending van VS immigratiewetgeving;[29] en bij het niet voldoen aan alimentatieverplichting.[30]

Impliceren deze zaken – in elk waarvan zoals opgemerkt ten minste sprake was van een inbreuk op art. 2 lid 2 Vierde Protocol EVRM – nu dat strafbaarstelling van 'het vrijwillig verblijf op door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' inbreuk op deze bepaling maakt? Die vraag rijst des te nadrukkelijker nu in al de voormelde zaken sprake was van een belemmering om naar welk buitenland dan ook te gaan, terwijl de overwogen strafbaarstelling die belemmering beperkt tot door terroristische organisaties gecontroleerde gebieden. Qua territorium is de beperking van de overwogen strafbaarstelling dus veel minder verstrekkend dan de beperking in bovengenoemde zaken. Dat doet echter niet eraan af dat strafbaarstelling van 'het vrijwillig verblijf op door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' direct een beperking inhoudt van het recht om vrijelijk een keuze voor een land van bestemming te maken, terwijl dat zoals hiervoor

17 EHRM 6 april 2000, *Labita/Italy*, nr. 26772/95, *EHRC* 2000/44 m.nt. Bal.

18 EHRM 22 mei 2001, *Baumann/France*, nr. 33592/96.

19 ECieRM 6 maart 1984, *M./Germany*, nr. 10307/83.

20 EHRM 24 september 2012, *Sarkizov/Bulgaria*, nr. 37981/06; EHRM 10 februari 2011, *Nalbantski/Bulgaria*, nr. 30943/04.

21 EHRM 17 juli 2003, *Luordo/Italy*, nr. 32190/96, *EHRC* 2003/78 m.nt. Schokkenbroek.

22 EHRM 13 november 2003, *Napijalo/Croatia*, nr. 66485/01.

23 EHRM 23 mei 2006, *Riener/Bulgaria*, nr. 46343/99.

24 EHRM 2 juli 2009, *Ignatov/Bulgaria*, nr. 50/02; EHRM 26 november 2009, *Gochev/Bulgaria*, nr. 34383/03; EHRM 11 juli 2013, *Khlyustov/Russia*, nr. 28975/05.

25 EHRM 21 december 2006, *Bartik/Russia*, nr. 55565/00; EHRM 10 februari 2011, *Soltysyak/Russia*, nr, 4663/05.

26 ECieRM 20 februari 1995, *Peltonen/Finland*, nr. 19583/92.

27 ECieRM 13 oktober 1993, *Nordblad/Sweden*, nr. 19076/91.

28 EHRM 26 oktober 2000, *Roldan Texeira/Italy*, nr. 40655/98 (ontvankelijkheidsbeslissing); EHRM 27 september 2011, *Diamante and Pelliccioni/San Marino*, nr. 32250/08.

29 EHRM 27 november 2012, *Stamose /Bulgaria*, nr. 29713/05, *EHRC* 2013/38 m.nt. Woltjer.

30 EHRM 2 december 2014, *Battista/Italy*, nr. 43978/09, r.o. 36.

opgemerkt wel als kern van het bewegingsvrijheidsrecht geldt. Daarbij komt dat ook feitelijk individuen in de meeste gevallen niet zozeer naar een buitenland of alle andere landen willen, maar juist naar een specifieke andere staat. Indien een strafbaarstelling er concreet aan in de weg staat dat zij naar het land van hun keuze gaan of daar verblijven, is er ten aanzien van hen dus sprake van een daadwerkelijke beperking van het recht om het land te verlaten. Dat geldt ook in gevallen waarin het niet tot toepassing van dwangmiddelen, een vervolging en een veroordeling op basis van de overwogen strafbaarstelling jegens de betrokkene komt:

> 'An individual may […] argue that a law breaches his or her rights in the absence of a specific instance of enforcement, and thus claim to be a 'victim', within the meaning of Article 34, if he or she is required either to modify his or her conduct or risk being prosecuted, or if he or she is a member of a category of persons who risk being directly affected by the legislation'.[31]

In het algemeen geldt bovendien dat het EHRM reeds '*any measure liable to* infringe that right or to *restrict* the exercise thereof' als inbreuk erkent.[32] Daarvan is bij de overwogen gebiedsstrafbaarstelling zeker sprake. Dat geldt a fortiori indien het op basis van de strafbaarstelling wel ook nog tot toepassing van dwangmiddelen, vervolging of bestraffing komt.

Conclusie betreffende de reikwijdte van het recht op vrijheid van beweging
De conclusie is aldus dat de overwogen gebiedsstrafbaarstelling geen inbreuk maakt op het eerste lid van art. 2 Vierde Protocol EVRM (het recht om vrijelijk zich te verplaatsen en zijn verblijfplaats te kiezen op het grondgebied van de verdragsstaat), maar wel op het tweede lid van deze bepaling (het recht welk land ook, met inbegrip van het eigen land, te verlaten). Het navolgende heeft daarom slechts betrekking op het laatstgenoemde recht.

ii. Voorwaarden voor beperking van het recht
Art. 2 lid 3 Vierde Protocol EVRM legt een algemene beperkingsclausule neer: enkel beperkingen die (1) bij wet zijn voorzien, (2) een legitiem doel dienen en (3) noodzakelijk zijn in een democratische samenleving zijn toegestaan. Bij ons weten is het EHRM op grond van deze maatstaven nog nooit tot een beoordeling gekomen van een strafbaarstelling die een algemeen verbod inhoudt om het land te verlaten met de bedoeling naar een bepaald ander territorium af te reizen. Niettemin biedt de jurisprudentie van het Hof

31 Zie, met verwijzing naar diverse andere arresten, EHRM (GK) 1 juli 2014, *S.A.S./France*, nr. 43835/11, EHRC 2014/208, m.nt. Van Sasse van Ysselt, r.o. 57.

32 Onze cursivering; zie de overweging in EHRM 27 september 2007, *Diamante and Pelliccioni/San Marino*, nr. 32250/08, r.o. 210; EHRM 21 december 2006, *Bartik/Russia*, nr. 55565/00, r.o. 36; EHRM 13 november 2003, *Napijalo/Croatia*, nr. 66485/01, r.o. 68.

de nodige aanknopingspunten om in het navolgende de overwogen gebiedsstrafbaarstelling te toetsen op verdragsconformiteit.

Voorzien bij wet

Volgens vaste Straatsburgse rechtspraak houdt de voorwaarde dat de beperking moet zijn 'voorzien bij wet' ('in accordance with law') niet alleen in dat dat de beperking een wettelijke basis dient te hebben in het nationaal recht, evenzeer geldt dat die wettelijke basis aan kwaliteitseisen moet voldoen, welke inhouden dat het recht toegankelijk moet zijn voor de betrokkene en dat de gevolgen van de maatregel voorzienbaar dienen te zijn.[33] Deze voorwaarden van toegankelijkheid en voorzienbaarheid zijn uitgebreid behandeld in het vorige hoofdstuk in het kader van het legaliteitsbeginsel zoals neergelegd in onder meer art. 7 EVRM. Omdat deze eisen voor wat betreft de beperking van andere rechten in beginsel op dezelfde manier worden uitgelegd,[34] komen deze hier niet opnieuw aan de orde.[35] Wij volstaan met de opmerking dat de in hoofdstuk 2 gesignaleerde legaliteitsproblemen rondom de overwogen strafbaarstelling, aldus in beginsel evenzeer problematisch zijn vanuit het vereiste dat een inbreuk op art. 2 Vierde Protocol EVRM bij wet moet zijn voorzien. Dat neemt niet weg dat het EHRM juist bij de toetsing aan het klassieke toetsingsschema (zoals dat tot uitdrukking komt in art. 2 lid 3 Vierde Protocol EVRM en de tweede leden van de artt. 8 t/m 11 EVRM) vaak in het midden laat of de beperking voldoende is 'voorzien bij wet', maar in plaats daarvan een schending vaststelt van de voorwaarde dat de beperking noodzakelijk dient te zijn in een democratische samenleving. Dat geldt ook bij toepassing van het toetsingsschema wanneer het gaat om art. 2 Vierde Protocol EVRM.[36]

Legitiem doel

De doelen zijn zoals bij andere bepalingen uit het EVRM zeer ruim opgezet en beslaan het belang van 1. de nationale veiligheid, 2. de openbare veiligheid, 3. de handhaving van de openbare orde, 4. de voorkoming van strafbare feiten, 5. de bescherming van de gezondheid of van de goede zeden of 6. de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.[37] Bij de beoorde-

---

33 EHRM 26 november 2009, *Gochev/Bulgaria*, nr. 34383/03, r.o. 46; EHRM 4 juni 2002, *Landvreugd/The Netherlands*, nr. 37331/97, *EHRC* 2002/59 m.nt. Van der Velde, *AB* 2003/19 m.nt. Schilder, r.o. 65; EHRM 4 juni 2002, *Olivieira/The Netherlands*, nr. 33129/96, *AB* 2002/407 m.nt. Sewandono, r.o. 58.

34 Zie o.a. EHRM (GK) 17 mei 2010, *Kononov/Latvia*, nr. 36376/04, r.o. 185. Zie wat betreft art. 2 Vierde Protocol EVRM bijv. EHRM 26 november 2009, *Gochev/Bulgaria*, nr. 34383/03, r.o. 46; EHRM 2 december 2014, *Battista/Italy*, nr. 43978/09, r.o. 38.

35 Zie paragraaf 2.2.

36 Zie bijv. EHRM 10 februari 2011, *Nalbantski/Bulgaria*, nr. 30943/04, r.o. 62.

37 Zie art. 2 lid 3 Vierde Protocol EVRM.

ling of een maatregel een of meer van deze legitieme doelen dient, laat het EHRM zich sterk leiden door de argumenten zoals door de partijen naar voren gebracht. In het algemeen wordt het legitieme doel vrij gemakkelijk aangenomen: het EHRM hanteert een nogal extensieve uitleg van de toch al ruime mogelijke legitieme doelen die een staat kan nastreven. Daarbij beoordeelt het Hof de aanwezigheid van een legitiem doel meestal vrij abstract: het 'accepteert' redelijk snel dat bepaalde doelen zoals door de overheid naar voren gebracht een legitieme beperking van de rechten uit art. 2 Vierde Protocol EVRM *kunnen* rechtvaardigen.[38] In hoeverre het middel het doel daadwerkelijk kan bereiken is een beoordeling die in het kader van de 'proportionaliteitstoets' wordt gemaakt.[39] In *Stamose/Bulgaria* werd de klager door de Bulgaarse autoriteiten een uitreisverbod opgelegd en zijn paspoort in beslag genomen in verband met klagers uitzetting uit de VS vanwege schending van de visumvoorwaarden. Het uitreisverbod 'was designed to discourage and prevent breaches of the immigration laws of other States, and thus reduce the likelihood of those States refusing other Bulgarian nationals entry to their territory, or toughening or refusing to relax their visa regime in respect of Bulgarian nationals'.[40] Het EHRM overwoog dat het onnodig was de legitimiteit van het beoogde doel (openbare orde/bescherming rechten van anderen) nader te onderzoeken nu de maatregel overduidelijk de proportionaliteitstoets niet kon doorstaan.

Wat betreft de overwogen gebiedsstrafbaarstelling telt dat deze – blijkens de toelichting in de Tweede Kamermotie-Dijkhoff/Oskam[41] – ertoe strekt 1. aansluiting van Nederlanders bij terroristische organisaties, deelname aan gewapende strijd en jihadisme tegen te gaan, 2. de Nederlandse veiligheid te beschermen en 3. het aanhouden, verhoren en vervolgen van elke teruggekeerde jihadreiziger mogelijk te maken. Zeker de eerste twee redenen voor de strafbaarstelling vallen goed onder de door het verdrag erkende legitieme doelen te brengen.[42] Daarnaast is van belang dat de overwogen strafbaarstelling in de sfeer ligt van internationale voornemens en afspraken. Zo bevat de 'Counter-terrorism strategy' van de Europese Unie de volgende passage:

38 EHRM 21 december 2006, *Bartik/Russia*, nr. 55565/00, r.o. 43: 'The Court accepts that the interests of national security may be a legitimate aim for an interference with the rights enunciated in Article 2 of Protocol No. 4.'

39 EHRM 21 december 2006, *Bartik/Russia*, nr. 55565/00, r.o. 49.

40 EHRM 27 november 2012, *Stamose/Bulgaria*, nr. 29713/05, *EHRC* 2013/38 m.nt. Woltjer, r.o. 32.

41 *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 000 IV, nr. 30 (Motie-Dijkhoff/Oskam); zie nader paragraaf 1.1 (Aanleiding en doelstelling van het onderzoek).

42 Zie wat betreft het meer problematisch derde doel verderop in deze paragraaf (3.2.1.ii), onder: Noodzakelijk in een democratische samenleving: beoordeling van proportionaliteit, subsidiariteit en effectiviteit (bij: Subsidiariteit/Noodzakelijkheid).

> 'we should […] improve operational co-operation in order to identify and dismantle recruitment and facilitation networks, as well as identify and prosecute (as appropriate) foreign fighters. Further action against terrorist financing should be a priority […]. We should consider action to strengthen border security (including at airports and other border crossing points) in countries surrounding Syria and Iraq in order to help detect and complicate travel and identify quickly those leaving who may pose a threat.'[43]

Eveneens relevant is U.N. Security Council (UNSC) Resolution 2178 (2014),[44] die immers onder meer inhoudt:

> 'The Security Council […] 6. Recalls its decision, in resolution 1373 (2001), that all Member States shall ensure that any person who participates in the financing, planning, preparation or perpetration of terrorist acts or in supporting terrorist acts is brought to justice, and decides that all States shall ensure that their domestic laws and regulations establish serious criminal offenses sufficient to provide the ability to prosecute and to penalize in a manner duly reflecting the seriousness of the offense:
> (a) their nationals who travel or attempt to travel to a State other than their States of residence or nationality, and other individuals who travel or attempt to travel from their territories to a State other than their States of residence or nationality, for the purpose of the perpetration, planning, or preparation of, or participation in, terrorist acts, or the providing or receiving of terrorist training […].'

Overigens houdt de resolutie als beperking van deze verantwoordelijkheid onder meer ook in dat staten moeten verzekeren dat alle antiterrorisme maatregelen die zij nemen in overeenstemming zijn met hun verplichtingen in het internationale recht, in het bijzonder het internationale mensenrechten recht, internationaal vluchtelingen recht en internationaal humanitair recht.[45] Ook de *Counter-terrorism strategy* van de Europese Unie kent een dergelijke clausule.[46] Mede gezien deze mensenrechtenclausules, en voorts omdat ook

43 Council of the European Union, 'Outline of the counter-terrorism strategy for Syria and Iraq, with particular focus on foreign fighters', Brussels: General Secretariat of the Council, 16 January 2015, 5369/15, ANNEX DG C 2C, p. 5.

44 Aangenomen door de Veiligheidsraad tijdens de 7272ste vergadering, op 24 september 2014, *U.N. Doc.* S/RES/2178 (2014).

45 Zie de preambule; zie overigens ook andere overwegingen over de noodzaak om het internationaal publiekrecht en de mensenrechten in acht te nemen in de Preambule alsmede in de punten 5, 11 en 17 van de resolutie.

46 Council of the European Union, 'Outline of the counter-terrorism strategy for Syria and Iraq, with particular focus on foreign fighters', Brussels: General Secretariat of the Council, 16 January 2015, 5369/15, ANNEX DG C 2C, p. 2: 'This strategy is built on the EU's criminal justice-based approach to tackling terrorism while protecting human rights. The EU firmly believes that the rule of law and the protection of human rights →

op andere wijze aan de EU-strategie en de VN-resolutie invulling valt te geven, is met het voorgaande geenszins gezegd dat de overwogen strafbaarstelling ook noodzakelijk of wenselijk is met het oog op die strategie of resolutie.[47/48] Dat de overwogen strafbaarstelling aan de strategie en de resolutie tegemoetkomt, onderstreept echter wel nog eens dat die strafbaarstelling een legitiem doel nastreeft. Meer in het bijzonder gaat het dan om 'het belang van de nationale veiligheid of van de openbare veiligheid', 'de handhaving van de openbare orde', 'de voorkoming van strafbare feiten' en 'de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen' (art. 2 lid 3 Vierde Protocol EVRM). Voor zover ook niet-materieel wederrechtelijk gedrag binnen het bereik van de overwogen strafbaarstelling valt, is niettemin weinig evident dat de strafbaarstelling ook in zoverre deze legitieme doelen kan nastreven. In beginsel zal repressie van zulk gedrag immers moeilijk aan de doelen van de strafbaarstelling kunnen bijdragen.

Noodzakelijk in een democratische samenleving: algemeen

Een in het klassieke toetsingsschema veel zwaardere en ook strenger gehandhaafde voorwaarde vormt het noodzakelijkheidsvereiste. Een inbreuk op het recht om het land te verlaten kan slechts als noodzakelijk in een democratische samenleving gelden indien de inbreuk een 'pressing social need' dient, en in het bijzonder indien die evenredig is tot het door de maatregel nagestreefde doel en indien de gronden ter rechtvaardiging van de beperkende maatregel 'relevant and sufficient' zijn.[49] Bij de toetsing van de nood-

---

and fundamental freedoms are the foundation of the fight against terrorism. All measures taken to counter terrorism must comply with international law, including human rights law (including the Convention on the Rights of the Child, where appropriate), refugee law, and international humanitarian law.'

47 Dat geldt overigens ook voor de Draft Additional Protocol to the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism Strasbourg, 12 maart 2015, COD-CTE (2015) 1 prov, waarvan de preambule onder meer luidt: 'Expressing their grave concern about the threat posed by persons travelling abroad for the purpose of committing, contributing to, or participating in, terrorist offences, or the providing or receiving of training for terrorism in the territory of another State'; zie ook Draft Article 4 par. 2: 'Each Party shall adopt such measures as may be necessary to establish travelling abroad from its territory for the purpose of terrorism, as defined in paragraph 1, when committed unlawfully and intentionally, as a criminal offence under its domestic law.' Daarbij geldt ook nu de verplichting om de relevante mensenrechten en de Rule of law te respecteren (zie preambule en Draft Article 7).

48 Zie daarover nader paragraaf 4.4 (Internationale plichten tot bestrijding 'foreign terrorist fighters').

49 EHRM 11 juli 2013, *Khlyustov/Russia*, nr. 28975/05, r.o. 84; zie voor deze eis in verband met bijv. art. 8 EVRM: EHRM (GK) 4 december 2008, *S. and Marper/The United Kingdom*, nr. 30562/04, *NJCM-Bulletin* 2009-4, p. 391-406 m.nt. Van der Staak, r.o. 101; EHRM →

zakelijkheid van de regeling slaat het EHRM dus vooral acht op de proportionaliteit van de beperkende regeling. Door een casuïstische weging van alle betrokken belangen en omstandigheden beoordeelt het Hof in hoeverre 'a fair balance between the demands of the general interest and the applicant's rights' wordt bereikt.[50] Van belang kan zijn de aard en ernst van de grondslag van de beperking en in welke context de beperkende maatregel is opgelegd (een strafrechtelijke vervolging voor een ernstig strafbaar feit legt meer gewicht in de schaal) alsook de aard van de beperking (of het een absoluut verbod was of afhankelijk van het verkrijgen van toestemming van bepaalde autoriteiten).[51] Bovendien vereist het Hof dat 'for a measure to be regarded as proportionate and as necessary in a democratic society, the possibility of recourse to an alternative measure that would cause less damage to the fundamental right in issue whilst fulfilling the same aim must be ruled out'.[52] Een beperking van art. 2 lid 2 Vierde Protocol EVRM – maar overigens ook van onder meer art. 8, art. 9 en art. 10 EVRM – moet evenredig zijn aan het doel en mag niet groter zijn dan nodig om het legitieme doel te bereiken (proportionaliteit in strikte zin en de eis van subsidiariteit), wat ook betekent dat de beperking geschikt moet zijn om haar beschermende functie te effectueren (effectiviteitseis).[53] Overigens: omdat de zogenoemde 'margin of appriciation'-doctrine (i.e. de beoordelingsvrijheid van de autoriteiten) geen uitdrukkelijker rol speelt in de Straatsburgse jurisprudentie over art. 2 Vierde Protocol,[54] komt deze pas meer nadrukkelijk aan de orde bij de bespreking van art. 8, art. 9 en art. 10 EVRM.

Noodzakelijk in een democratische samenleving: duur en toetsing

Met het oog op toetsing van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling aan de eisen van proportionaliteit, subsidiariteit en effectiviteit, verdient eerst aandacht dat het EHRM veel belang hecht aan de volgende materiële en proce-

---

(GK) 12 september 2012, *Nada/Switzerland*, nr. 10593/08, *NJ* 2014/244 m.nt. Alkema, r.o 181.

50 Zie o.a. EHRM 10 juli 2008, *Hajibeyili/Azerbaijan*, nr. 16528/05, r.o. 67.

51 EHRM 20 januari 2011, Makedonski/Bulgaria, nr. 36036/04, r.o. 39-40.

52 Zie aldus, maar dan bij toepassing van het klassieke beperkingschema op art. 8 EVRM, EHRM (GK) 12 september 2012, *Nada/Switzerland*, nr. 10593/08, *NJ* 2014/244 m.nt. Alkema, r.o 183.

53 Zie in relatie tot art. 2 Vierde Protocol EVRM: EHRM 10 februari 2011, *Soltysyak/Russia*, nr. 4663/05, r.o. 48; EHRM 17 februari 2011, *Pfeifer/Bulgaria*, nr. 24733/04, r.o. 122; EHRM 21 december 2006, *Bartik/Russia*, nr.55565/00, r.o. 46.

54 Zie voor een uitzondering (maar overigens niet over lid 2 maar over lid 3): EHRM 4 juni 2002, *Olivieira/The Netherlands*, nr. 33129/96, *AB* 2002/407 m.nt. Sewandono, r.o. 65, maar daarin overweegt het EHRM slechts: 'It cannot be said that the national authorities overstepped their margin of appreciation when, in order to put an end to this situation, the Burgomaster imposed a prohibition order on the applicant.'

durele factoren bij de beoordeling of een bewegingsvrijheid-beperkende maatregel 'noodzakelijk' is: 1. de duur van de beperking, 2. periodieke toetsing en 3. de ruimte voor en de reikwijdte van de (rechtelijke) toetsing.
– *De duur.* Een uitreisverbod van tien jaar of langer kan op zichzelf reeds tot het oordeel leiden dat de beperking niet proportioneel was.[55] In zaken waarin het uitreisverbod korter was, was enkel de duur van de opgelegde maatregel onvoldoende om vast te stellen dat sprake was van een disproportionele maatregelen en neemt het Hof andere factoren in overweging zoals of de betrokkene daadwerkelijk toestemming heeft gevraagd om zijn woonplaats te verlaten, en indien ja, of deze toestemming werd geweigerd en op welke gronden.[56] In het algemeen geldt dat naarmate meer tijd verstrijkt de noodzakelijkheid van de beperkende maatregel zal afnemen.[57] Een beperking voor een individu van diens recht om het land te verlaten dient van meet af aan en zo lang als de beperking geldt aan de noodzakelijkheidseis te voldoen.[58]

Wat betreft de overwogen gebiedsstrafbaarstelling lijkt ons van belang dat die meebrengt dat het individuen voor onbepaalde tijd wordt verboden op bepaalde gebieden (namelijk: door terroristische organisaties gecontroleerde gebieden) te verblijven en dat dit verbod voor de desbetreffende gebieden bovendien van zeer lange duur kan zijn. Ingeval een verbod om zodanige territoria in te gaan en/of daar te verblijven, zou worden vormgegeven door het verbod te beperken door bijvoorbeeld vermelding van de grondgebieden waarom het gaat op een lijst, zou het bezwaar van de onbe-

55 EHRM 18 februari 2010, *Nikiforenko/Ukraine*, nr. 14613/03, r.o. 59; EHRM 7 december 2006, *Ivanov/Ukraine*, nr. 15007/02, r.o. 96 (het verbod om woonplaats te verlaten duurde bijna 11 jaar); EHRM 24 maart 2005, *Goffi/Italy*, nr. 55984/00, r.o. 20 (verbod om woonplaats te verlaten van ruim 13 jaar); EHRM 17 juli 2003, *Luordo/Italy*, nr. 32190/96, *EHRC* 2003/78 m.nt. Schokkenbroek, r.o. 96 (waarin het verbod om woonplaats te verlaten ruim 14 jaar duurde, en er geen aanwijzingen waren dat de betrokkenen in die tijd zijn woonplaats wilde verlaten of dat een zodanig verzoek werd geweigerd); EHRM 11 december 2003, *Bassani/Italy*, nr. 47778/99, r.o. 24 (verbod om woonplaats te verlaten van ruim 24 jaar). In EHRM 10 juli 2008, *Hajibeyili/Azerbaijan*, nr. 16528/05, r.o. 67 (verbod om woonplaats te verlaten van ruim 3 jaar was disproportioneel bevonden omdat er in het kader van strafvordering tegen betrokkene geen stappen werden ondernomen en de strafvervolging uiteindelijk is vervallen).
Een verbod een bepaald gebied te verlaten van minder dan 6 maanden, gezien de korte duur, werd door het Hof niet als disproportioneel bestempeld in EHRM 27 september 2007, *Diamante and Pelliccioni/San Marino*, nr. 32250/08, r.o. 214; zie ook EHRM 13 oktober 2005, *Fedorov and Fedorova/Russia*, nr. 31008/02, r.o. 42-44 (waarin het verbod om de woonplaats te verlaten ruim vier jaar duurde).

56 EHRM 13 oktober 2005, *Fedorov and Fedorova/Russia*, nr. 31008/02, r.o. 44; EHRM 3 december 2013, *Bulea/Romania*, nr. 27804/10, *EHRC* 2014/56 m.nt. Van den Brink, r.o. 62.

57 EHRM 24 april 2008, *Rosengren/Romania*, nr. 70786/01, *EHRC* 2008/77 m.nt. Van der Velde, r.o. 39.

58 EHRM 26 november 2009, *Gochev/Bulgaria*, nr. 34383/03, r.o. 50.

paaldheid en potentiële lengte van de duur van het verbod voor een bepaald gebied – ten minste deels – kunnen worden ondervangen. In dat geval zou op de lijst immers voor elk gebied kunnen worden aangegeven tot wanneer het verbod daarvoor vooralsnog geldt.

– *De periodieke toetsing.* Volgens het Hof zijn nationale autoriteiten 'not entitled to maintain over lengthy periods restrictions on an individual's freedom of movement without a periodic reassessment of their justification'; een uitreisverbod mag niet een 'automatic, blanket measure of indefinite duration' worden.[59] Aldus moet de beperking van het recht een land te verlaten niet alleen ten tijde van oplegging de proportionaliteitstoets doorstaan, maar ook gedurende de hele periode van gelding ervan.[60] Hiervoor is een periodieke toetsing van de beperkende maatregel vereist, waarbij op de autoriteiten een motiveringsplicht rust: het belang van de motivering van de noodzakelijkheid van de beperking neemt toe naarmate de beperking langer duurt.[61] Daarbij kan een geautomatiseerde verlenging van een uitreisverbod (steeds voor maximaal 6 maanden opgelegd) niet als een adequate periodieke toetsing worden aangemerkt.[62]

In *Miażdżyk/Poland* overwoog het hof dat de feitelijke en organisatorische complexiteit van een strafrechtelijke zaak niet de oplegging van een uitreisverbod voor de duur van de gehele strafzaak kan rechtvaardigen.[63] De vaststelling dan een maatregel automatisch is opgelegd, zelfs indien voor een korte periode van twee jaar zonder de nodige belangenafweging, zal zonder meer tot de conclusie leiden dat een beperking niet-proportioneel was.[64] Bovendien kan de voortvarendheid waarmee de gronden voor de intrekking van een bewegingsbeperkende maatregel aan de betrokkene worden kenbaar

59 EHRM 23 mei 2006, *Riener/Bulgaria*, nr. 46343/99, r.o. 124; EHRM 31 oktober 2006, *Földes and Földesné Hajlik/Hungary,* nr. 41463/02, r.o. 35-36; EHRM 21 oktober 2008, *Bessenyei/Hungary* nr. 37509/06, r.o. 23; EHRM 30 juni 2009, *A.E./Poland,* nr. 14480/04, r.o. 49. In EHRM 26 november 2009, *Gochev/Bulgaria*, nr. 34383/03, r.o. 53 was het uitreisverbod automatisch opgelegd.

60 EHRM 3 december 2013, *Bulea/Romania*, nr. 27804/10, *EHRC* 2014/56 m.nt. Van den Brink, r.o. 60: 'from the outset and throughout its duration, justified and proportionate'; EHRM 24 september 2012, *Sarkizov/Burgaria*, nr. 37981/06, r.o. 69; EHRM 17 februari 2011, *Pfeifer/Bulgaria*, nr. 24733/04, r.o. 56.

61 EHRM 24 april 2008, *Rosengren/Romania,* nr. 70786/01, *EHRC* 2008/77 m.nt. Van der Velde, r.o. 39; EHRM 17 februari 2011, *Pfeifer/Bulgaria*, nr. 24733/04, r.o. 56; EHRM 7 juni 2011, *Prescher/Bulgaria*, nr. 6767/04, r.o. 50.

62 EHRM 11 juli 2013, *Khlyustov/Russia*, nr. 28975/05, r.o. 99-101.

63 EHRM 24 januari 2012, *Miażdżyk/Poland*, nr. 23592/07, EHRC 2012/84 m.nt. Van den Brink, r.o. 38.

64 Zie o.a. EHRM 27 november 2012, *Stamose/Bulgaria*, nr. 29713/05, *EHRC* 2013/38 m.nt. Woltjer, r.o.35-36.

gemaakt een rol spelen.[65] In *Stamose/Bulgaria* – waarin Bulgarije aan de klager een tweejarig totaal uitreisverbod had opgelegd vanwege het schenden door klager van visumvoorwaarden van de Verenigde Staten en de daaraan gekoppelde uitzetting uit dit land – overwoog het Hof dat '[i]t appears quite draconian for the Bulgarian State – which could not be regarded as directly affected by the applicant's infringement – to have also prevented him from travelling to any other foreign country for a period if two years'.[66] Alhoewel onder bepaalde dwingende omstandigheden een staat legitiem een uitreisverbod kan handhaven vanwege het schenden van buitenlandse immigratiewetgeving, kan het Hof zich niet vinden in een automatisch opgelegde maatregel zonder enige voorafgaande beoordeling van de individuele omstandigheden van het geval.[67]

Een maatregel dient 'throughout its duration, justified and proportionate in view of the circumstances' te zijn.[68] Er dient dus – zoals ook de zojuist besproken rechtspraak toont – sprake te zijn van een geïndividualiseerde toetsing in het licht van de feiten en omstandigheden in de concrete zaak, indien een maatregel een beperking inhoudt van het recht om 'welk land ook, met inbegrip van het eigen land, te verlaten', welk recht zoals opgemerkt tevens het recht impliceert om 'to leave for such country of the person's choice to which he may be admitted'.[69] Bij een algemene strafbaarstelling van 'vrijwillig verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' is dat niet mogelijk. Hoewel een meer afgewogen benadering mogelijk is wanneer het verbod zou worden beperkt tot specifiek op een lijst geïdentificeerde territoria (zie ook hierboven), kunnen ook dan nog altijd niet de feiten en omstandigheden in een concrete zaak in de beoordeling worden betrokken. Dit zou wel mogelijk zijn bij gebruikmaking van een systeem waarin men voor vrijwillig verblijf op (bepaalde) door terroristische organisatie

65 EHRM 22 februari 1994, *Raimondo/Italy*, nr. 12954/87 , r.o. 39: '[…] the Court finds it hard to understand why there should have been a delay of nearly five month in drafting the grounds for a decision which was immediately enforceable and concerned a fundamental right, namely the applicant's freedom to come and go as he pleased; the latter was moreover not informed of the revocation for eighteen days'.

66 EHRM 27 november 2012, *Stamose/Bulgaria* , nr. 29713/05, *EHRC* 2013/38 m.nt. Woltjer, r.o. 34.

67 EHRM 27 november 2012, *Stamose/Burgaria*, nr. 29713/05, *EHRC* 2013/38 m.nt. Woltjer, r.o. 36.

68 EHRM 2 december 2014, *Battista/Italy*, nr. 43978/09, r.o. 42; EHRM 11 juli 2013, *Khlyustov/Russia*, nr. 28975/05, r.o. 91.

69 EHRM 22 mei 2001, *Baumann/France*, nr. 33592/96, r.o. 61; EHRM 13 november 2003, *Napijalo/Croatia*, nr. 66485/01, r.o. 68; EHRM 21 december 2006, *Bartik/Russia*, nr. 55565/00, r.o. 36; EHRM 3 december 2013, *Bulea/Romania*, nr. 27804/10, *EHRC* 2014/56 m.nt. Van den Brink, r.o. 56; reeds aangehaald en geciteerd in paragraaf 3.2.1.i (onder: Recht om het land te verlaten (art. 2 lid 2 Vierde Protocol EVRM)).

controleerde grondgebieden een door de Nederlandse staat uit te geven uitreis- of verblijfsvisum dient aan te vragen en vervolgens te verkrijgen, waarbij het niet voldoen aan deze verplichting als een strafbaar feit geldt.[70] Dan kan immers individueel worden bezien of er gronden zijn om zodanig visum te weigeren en voorts voor welke gebieden dit nodig is en voor hoe lang. Dit biedt dan bovendien de mogelijkheid voor een periodieke toetsing.

– *De (rechtelijke) toetsing.* In beginsel moet de *review* van de noodzaak van een beperkende maatregel, indien door een administratief orgaan opgelegd, worden overgelaten aan een gerecht, omdat deze het beste een onpartijdige, onafhankelijke en wettige (*lawful*) procedure kan garanderen. De toetsingsruimte moet in elk geval zodanig zijn dat de rechter alle relevante factoren en omstandigheden in overweging kan nemen,[71] zoals de familie- en gezinsomstandigheden van de betrokkene (gezins-/familieleden in het buitenland),[72] recidiveachtergrond en -risico en andere financiële en persoonlijke omstandigheden.[73] De toetsing dient dus geïndividualiseerd te zijn. In het kader van een gebiedsverbod neemt het Hof bijvoorbeeld in overweging dat de betrokkene niet in dat gebied woonde of werkte en dat de betrokkene het gebied mocht betreden om zijn uitkering en post op te halen (in *Landvreugd*) of juist geen postbus in dat gebied had (in *Olivieira*).[74]

Ook aan de voorwaarde van een concreet geïndividualiseerde inhoudelijke rechterlijke toetsing valt met een algemene strafbaarstelling van 'vrijwillig verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' moeilijk te voldoen, en dat geldt ook wanneer het verbod zou worden beperkt tot specifiek op een lijst geïdentificeerde territoria (zie ook hierboven). Het openstellen van zodanige rechterlijke toetsing is daarentegen wel mogelijk in een systeem van zogenoemde uitreisvisa. In dat geval kan immers in beroep op de rechter worden voorzien voor gevallen waarin de autoriteiten het visum weigeren of beperken.

70 Het uitreisvisum komt in paragraaf 5.4 nader aan de orde voor zover dat nuttig is om meer diepgang te geven aan de beoordeling van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling.

71 EHRM 3 December 2013, *Bulea/Romania*, nr. 27804/10, *EHRC* 2014/56 m.nt. Van den Brink, r.o. 60. EHRM 17 februari 2011, *Pfeifer/Bulgaria*, nr. 24733/04, r.o. 56; EHRM 26 november 2009, *Gochev/Bulgaria*, nr. 34383/03, r.o. 54.

72 EHRM 24 januari 2012, *Miażdżyk/Poland*, nr. 23592/07, EHRC 2012/84 m.nt. Van den Brink, r.o. 39; EHRM 17 februari 2011, *Pfeifer/Bulgaria*, nr. 24733/04, r.o. 56.

73 EHRM 27 november 2012, *Stamose/Burgaria*, nr. 29713/05, *EHRC* 2013/38 m.nt. Woltjer, r.o. 35.

74 EHRM 4 juni 2002, *Landvreugd/The Netherlands*, nr. 37331/97, *EHRC* 2002/59 m.nt. Van der Velde, *AB* 2003/19 m.nt. Schilder, r.o. 72; EHRM 4 juni 2002, *Olivieira/The Netherlands*, nr. 33129/96, *AB* 2002/407 m.nt. Sewandono, r.o. 65.

Noodzakelijk in een democratische samenleving: beoordeling van proportionaliteit, subsidiariteit en effectiviteit

Met bovenstaande uiteenzettingen in gedachten, kunnen wij nu toekomen aan een meer algemene toetsing van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling aan de eisen van proportionaliteit, subsidiariteit en effectiviteit.

– *Proportionaliteit/Evenredigheid*. Wat betreft de overwogen strafbaarstelling van 'het vrijwillig verblijf op door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' is goed verdedigbaar dat inzet van het strafrecht op zichzelf een proportioneel middel is om aansluiting van Nederlanders bij terroristische organisaties, deelname aan gewapende strijd en jihadisme tegen te gaan en de Nederlandse veiligheid te beschermen. Dit geldt te meer nu de strafbaarstelling niet aan het verlaten van Nederland in het algemeen in de weg staat, maar daarvoor in feite alleen een obstakel vormt voor zover betrokkenen wil afreizen naar of verblijven op een beperkte categorie grondgebieden. Dat is echter juist moeilijk verdedigbaar voor zover de strafbaarstelling tot toepassing zou kunnen komen tegen personen die niet bijdragen aan een terroristische organisatie noch anderszins materieel wederrechtelijk handelen in de terroristische 'no go zone' en daartoe ook niet de intentie hebben. Daar waar de in hoofdstuk 2 gesignaleerde problemen vanuit het daadstrafrechtbeginsel en wederrechtelijkheidsbeginsel zich in een concreet geval voordoen, zal dus al helemaal niet gauw kunnen worden aangenomen dat de maatregel proportioneel is. Dat zal sterker gelden naarmate de redenen voor een individu om naar een verboden gebied af te reizen of daar te verblijven zwaarwegender zijn.

– *Subsidiariteit/Noodzakelijkheid*. Minder eenduidig ligt het wanneer men de overwogen gebiedsstrafbaarstelling beziet vanuit de eis van noodzakelijkheid/subsidiariteit, waaraan niet alleen dient te worden voldaan in abstracto maar vooral ook in elk concreet geval waarin de strafbaarstelling tot toepassing komt. Voor zover de strafbaarstelling zich uitstrekt over personen die bijdragen aan de terroristische organisatie of daartoe de intentie hebben, zal zowel de invoering van de strafbaarstelling als de toepassing ervan in concreto zeker subsidiair kunnen zijn. Dat geldt dan in beginsel in het geval van 'foreign terrorist fighters' c.q. jihadisten.

Echter: tenzij in de overwogen gebiedsstrafbaarstelling een wederrechtelijkheidsbestanddeel wordt opgenomen of wordt voorzien in een exceptie in de vorm van een abstracte dan wel gespecificeerde bijzondere strafuitsluitingsgrond,[75] strekt de strafbaarstelling zich evenzeer uit over personen bij

75 Zie daarover nader paragraaf 2.4.2 (Het wederrechtelijkheidsbeginsel en het 'verblijven' op terroristisch grondgebied) en vooral paragraaf 5.4 (Wederrechtelijkheidsclausule en bijzondere strafuitsluitingsgrond (variant III)).

wie van zodanige bijdrage of van anderszins materieel wederrechtelijk handelen geen sprake is. Te denken valt hier – naast journalisten – aan onder meer bezoekers van familieleden, zakenlieden en ondernemers, eigenaren van onroerend goed of andere bezittingen ter plaatsen, personen die financiële belangen in het gebied hebben, personen die om juridische redenen in het gebied moeten zijn, personen die bona fide religieuze beweegredenen hebben om in of door het gebied te komen, politici, archeologen, wetenschappers, avonturiers, vakantiegangers, quasi journalisten, vertegenwoordigers van niet-gouvernementele mensenrechtenorganisaties, hulpverleners en bemiddelaars bij onder meer ontvoeringen of voor een wapenstilstand.[76] Wanneer ook zij binnen de strafbaarstelling vallen, rijst nadrukkelijk de vraag of de strafbaarstelling niet veel verder gaat dan nodig is om aansluiting van Nederlanders bij terroristische organisaties, deelname aan gewapende strijd en jihadisme tegen te gaan en de Nederlandse veiligheid te beschermen ('proportionate to the legitimate aim pursued'[77]). Die vraag is niet overtuigend positief te beantwoorden indien hetzelfde doel met een wezenlijk minder ingrijpende maatregel valt te verwezenlijken. Het tot stand brengen van een op de casuïstiek toegesneden vervolgingsbeleid kan daarvoor niet een afdoende aflossing bieden, omdat invoering van de gebiedsstrafbaarstelling reeds als zodanig een algemene belemmering opwerpt om naar allerlei gebieden te gaan. Een beter aan het subsidiariteitsbeginsel tegemoet komende maatregel zou misschien wel kunnen zijn gelegen in bijvoorbeeld het hiervoor al meergenoemde systeem van zogenoemde uitreisvisa, waarin onder meer personen uit de zojuist genoemde categorieën individueel toestemming kan worden verleend om naar een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied af te reizen. In dat geval wordt immers voorkomen dat het recht om het lande te verlaten wordt beperkt voor personen ten aanzien van wie duidelijk is dat zij niet de intentie hebben om bij te dragen aan de terroristische organisatie en die een visum aanvragen, terwijl personen jegens wie zodanige duidelijkheid er onvoldoende is of die geen visum aanvragen wel strafbaar zijn wanneer zij zonder uitreis- of verblijfsvisum op een door een terroristische organisatie gecontroleerd gebied verblijven. Reeds in abstracto zal de overwogen strafbaarstelling dus niet zonder meer als noodzakelijk in een democratische samenleving kunnen gelden.

Dit geldt nog sterker wanneer de strafbaarstelling in een concreet geval daadwerkelijk zou worden toegepast jegens een persoon bij wie bijvoorbeeld duidelijk is dat hij of zij geen bijdrage levert, heeft geleverd of beoogt te leveren aan de terroristische organisatie die het terroristisch grondgebied (de terroristische 'no go zone') controleert. Juist omdat aansluiting bij een terroristi-

76 Zie nader paragraaf 2.4.2 (Het wederrechtelijkheidsbeginsel en het 'verblijven' op terroristisch grondgebied).

77 EHRM 11 juli 2013, *Khlyustov/Russia*, nr. 28975/05, r.o. 84.

sche organisatie, deelname aan gewapende strijd, jihadisme en het bedreigen van de Nederlandse veiligheid niet aan de orde is bij die persoon, valt moeilijk te onderbouwen dat het met het oog op deze belangen toch noodzakelijk is om het recht om het land te verlaten algemeen te beperken, dus zonder concrete toetsing van de omstandigheden in casu. Bovendien zal dan ook concreet aan de orde zijn dat de maatregel niet voldoet aan de hiervoor besproken eisen omtrent de duur ervan, periodieke toetsing en rechterlijke toetsing.

Los van het voorgaande verdient hier de derde gegeven reden voor de strafbaarstelling aandacht vanuit het subsidiariteitsbeginsel. Volgens die reden strekt de strafbaarstelling er mede toe het aanhouden, verhoren en vervolgen van elke teruggekeerde jihadreiziger mogelijk te maken. Niet de opvatting dat bepaald gedrag strafbaarstelling verdient staat hierbij voorop, maar de wens om bepaalde dwangmiddelen – in elk geval aanhouding en verhoor – te kunnen toepassen. Toepassing van deze dwangmiddelen is in deze benadering dus niet het middel maar het doel. Gelet op onder meer het daadstrafrechtbeginsel en het wederrechtelijkheidsbeginsel, rijst de vraag of strafrecht zo instrumenteel mag worden ingezet. Hier belangrijker is echter of de dwangmiddelen van aanhouding en verhoor niet op minder ingrijpende wijze dan via een algemene strafbaarstelling kunnen worden geboden. Indien die mogelijkheid bestaat – bijvoorbeeld via een voor terroristische gebieden geldend uitreisvisumsysteem dat met een daarop gerichte strafbaarstelling wordt afgedekt – is de strafbaarstelling in zoverre niet subsidiair. Dit betekent dat het doel van het kunnen aanhouden en verhoren dan in zoverre geen gewicht in de schaal kan leggen ten voordele van de strafbaarstelling bij de toetsing ervan aan het noodzakelijkheidsvereiste.

– *Effectiviteit*. Omtrent de effectiviteitseis biedt de zaak *Bartik/Russia* enige duidelijkheid. Daarin merkte het EHRM een ongekwalificeerd uitreisverbod dat enkel werd uitgevaardigd vanwege de bekendheid van de betrokkene met staatsgeheimen, als niet effectief aan om het doel ervan (voorkomen dat betrokkene met buitenlanders over deze geheimen zou communiceren) te verwezenlijken.[78] Het hof voert daartoe aan dat de staat immers geen controle heeft over (andere vormen van) communicatie met de buitenwereld. Dit is interessant aangezien men best zou kunnen verdedigen dat het ongekwalificeerde uitreisverbod een zekere bijdrage kon leveren aan het beschermen van de staatsgeheimen. Dat dit voor het EHRM kennelijk niet kan volstaan, onderstreept dat het de effectiviteiteis tamelijk streng toepast en daarbij naar de feitelijke invloed van een maatregel kijkt.

Dit is relevant voor de overwogen gebiedsstrafbaarstelling. De vraag rijst namelijk in hoeverre de strafbaarstelling de haar toegeschreven beschermen-

78 EHRM 21 december 2006, *Bartik/Russia*, nr. 55565/00, r.o. 49.

de functie in het algemeen en in concrete gevallen kan vervullen. Hoewel wij onvoldoende beschikken over empirische gegevens – dit onderzoek is immers juridisch en niet sociaalwetenschappelijk van aard – lijkt ons wat betreft de algemene functie van de strafbaarstelling plausibel dat die inderdaad effectief zou kunnen zijn. De strafbaarstelling kan immers voorkomen dat personen afreizen naar terroristische gebieden om daar een bijdrage te leveren aan de terroristische organisatie en in elk geval zouden zodanige personen bij terugkomst wegens overtreding van de strafbaarstelling kunnen worden aangehouden en vervolgd. De effectiviteit ontbreekt in beginsel echter voor zover de strafbaarstelling zich ook uitstrekt over personen die niet materieel wederrechtelijk handelen en daartoe ook niet de intentie hebben. Hun belemmeren naar het buitenland te reizen verhoogt feitelijk in beginsel niet de veiligheid van Nederland. Aldus voldoet concrete toepassing van de strafbaarstelling evenmin aan het effectiviteitsvereiste voor zover de toepassing dergelijke personen raakt. Wanneer de in hoofdstuk 2 geconstateerde problemen vanuit het daadstrafrechtbeginsel en wederrechtelijkheidsbeginsel zich in een concreet geval voordoen, kan aldus ook niet gauw worden aangenomen dat de maatregel effectief is.

3.2.2 Artikel 12 IVBPR

Het recht op vrijheid van beweging is voorts neergelegd in art. 12 Internationaal Verdrag voor Burgerlijke en Politieke rechten (verder: IVBPR of het Verdrag),[79] dat als basis voor het ontwerp van art. 2 Vierde Protocol EVRM heeft gediend.[80] Gelet op de reeds uitgebreide behandeling van laatstgenoemde bepaling, kan nu worden volstaan met een meer beperkte behandeling van art. 12 IVBPR.

i. Reikwijdte van het recht op vrijheid van beweging

Art. 12 lid 1 IVBPR is wat betreft bereik vergelijkbaar met dat van art. 2 lid 1 Vierde Protocol EVRM. Het artikel erkent ten eerste de bewegingsvrijheid en verblijfplaatsvrijheid voor wettig verblijvende individuen binnen de grenzen van een staat (inclusief een federale staat).[81] Zoals hiervoor al bleek voor art.

79 Artikel 12 lid 1: 'Eenieder die wettig op het grondgebied van een Staat verblijft, heeft binnen dit grondgebied, het recht zich vrijelijk te verplaatsen en er zijn verblijfplaats vrijelijk te kiezen.' Artikel 12 lid 2: 'Eenieder heeft het recht welk land ook, met inbegrip van het eigen land, te verlaten.'

80 EHRM 23 mei 2006, *Riener/Bulgaria*, nr. 46343/99, r.o. 81.

81 Nederland heeft een voorbehoud gemaakt bij art. 12 lid 1 IVBPR ten aanzien van de werking van dit artikel tussen Nederland en Nederlandse Antillen; wat betreft art. 12 lid 1: 'The Kingdom of the Netherlands regards the Netherlands and the Netherlands Antilles as separate territories of a State for the purpose of this provision'; wat betreft →

2 lid 1 Vierde Protocol EVRM, is dit recht echter niet relevant voor de overwogen strafbaarstelling van 'het vrijwillig verblijf op door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied'.

Ook nu dient de aandacht dus uit te gaan naar het andere recht: 'het recht welk land ook, met inbegrip van het eigen land, te verlaten', aldus het tweede lid van art. 12 IVBPR. Deze bepaling verzekert niet alleen de keuzemogelijkheid omtrent het doel en de duur van verblijf in een ander land,[82] maar ook 'the right of the individual to determine the State of destination is part of the legal guarantee', aldus het VN Mensenrechtencomité.[83] Daarbij geldt een restrictie al gauw als een inbreuk. Zo oordeelt het Comité het in strijd met art. 12 IVBPR (en daaraan voorafgaand dus allereerst als een inbreuk daarop) wanneer het voor staatsburgers algemeen noodzakelijk is om een uitreisvisum te verkrijgen alsvorens het land te kunnen verlaten.[84] Datzelfde geldt wanneer zodanige verplichting aan bepaalde groepen wordt opgelegd.[85] Een inbreuk doet zich verder ook voor wanneer de autoriteiten beperkt tot een individuele zaak een – juridische of praktische[86] – belemmering creëren om het land te verlaten om naar een ander land af te reizen.[87] Dat geldt ook indien het daarbij – de facto – gaat om een specifiek ander

art. 12 lid 2 en lid 4: 'The Kingdom of the Netherlands regards the Netherlands and the Netherlands Antilles as separate countries for the purpose of these provisions.'

82 M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, Kehl: N.P. Engel Publisher, 2005, p. 267.

83 HRC, General Comment 27, Freedom of movement (art. 12), *U.N. Doc*. CCPR/C/21/Rev.1/Add/9 (1999), par. 8.

84 HRC, Concluding Observations, Uzbekistan, *U.N. Doc*. CCPR/C/UZB/CO/3 (2010), par. 19: 'The Committee is concerned that the State party requires an 'exit visa' from its nationals for their travel abroad […] The State party should abolish the requirement of an exit visa for its nationals.' Zie ook HRC, Concluding Observations, Belarus, *U.N. Doc*. ICCPR A/47/40 (1992), par. 560 en 561; HRC, Concluding Observations, Azerbaijan, *U.N. Doc*. ICCPR, A/49/40 vol. I (1994), par. 300. Dit geldt ook wanneer die verplichting alleen ziet op in het land verblijvende niet-nationalen en vluchtelingen; zie HRC, Concluding Observations, Gabon, *U.N. Doc*. ICCPR A/56/40 vol. I (2001), par. 75(16); HRC, Concluding Observations, Democratic People's Republic of Korea, U.N. Doc. ICCPR A/56/40 vol. I (2001), par. 86(20) en 86(23).

85 HRC, Concluding Observations, Syrian Arab Republic, *U.N. Doc.* ICCPR A/56/40 vol. I (2001), par. 81(21).

86 Zie HRC, General Comment 27, Freedom of movement (art. 12), *U.N. Doc*. CCPR/C/21/Rev.1/Add/9 (1999), par. 10.

87 Zie o.a. HRC 2 november 2004, *El Ghar/Libyan Arab Jamahiriya*, Comm. 1107/2002, r.o. 7.2, 7.3 en 8; HRC 31 maart 1983, *Lichtenstein/Uruguay,* Comm. 77/1980, r.o. 8.3 ; HRC 23 maart 1982, *Vidal Martins/Uruguay*, Comm. R.13/57, r.o. 6.2, 7 en 9; HRC 28 oktober 1992, *González del Río/Peru*, Comm. 263/1987, r.o. 5.3.

land.[88] Het recht voor het individu om vrijelijk een keuze voor een land van bestemming te maken, is dus – net als bij art. 2 lid 2 Vierde Protocol EVRM – onderdeel van het recht om het land te verlaten in de zin van art. 12 lid 2 IVBPR.[89]

Aangenomen dient dan ook te worden dat invoering van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling een beperking van dit recht zou inhouden en dus binnen de reikwijdte van het recht om het land te verlaten valt. Dat betekent overigens niet dat het recht om van het een naar een ander land te reizen onbeperkt is. Art. 12 IVBPR omvat onder meer niet het recht om een land binnen te komen anders dat het eigen land.[90] Nu voor internationaal reizen meestal het bezit van geschikte reisdocumenten zoals een paspoort is vereist, beslaat het recht om een land te verlaten echter wel ook het recht om de nodige reisdocumenten te verkrijgen.[91] Deze mogen niet zonder goede grond worden geweigerd of met te hoge kosten voor het individu gepaard gaan.[92] Uit het voorgaande volgt dat ook de weigering een uitreisvisum te verstrekken aan iemand die wenst af te reizen naar een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied, een inbreuk (dat is nog geen schending) impliceert op art. 12 lid 2 IVBPR. Een en ander toont ook dat het recht op bewegingsvrijheid negatieve en positieve verplichtingen omvat; deze gelden voor zowel de staat van nationaliteit alsook de staat van verblijf.[93]

---

88 Zie o.a. HRC 2 november 2004, *El Ghar/Libyan Arab Jamahiriya*, Comm. 1107/2002, r.o. 7.2, 7.3 en 8; HRC 29 maart 2005, *Marques de Morais/Angola*, Comm. 1128/2002, r.o. 2.14 en 6.9.

89 Aldus ook HRC, General Comment 27, Freedom of movement (art. 12), *U.N. Doc.* CCPR/C/21/Rev.1/Add/9 (1999), par. 8.

90 Zie o.a. HRC 22 juli 1983, *Varela Núñez/Uruguay*, Comm. 108/1981. Artikel 12 lid 4 bevat het ongeclausuleerde recht om naar eigen land terug te keren.

91 HRC, General Comment 27, Freedom of movement (art. 12), *U.N. Doc.* CCPR/C/21/Rev.1/Add/9 (1999), par. 9. Zie ook HRC 28 oktober 1992, *González del Río/Peru*, Comm. 263/1987; HRC 29 maart 2004, *El Ghar/Libyan Arab Jamahiriya*; HRC 27 juli 1993, *Kalenga/Zambia*, Comm. 326/1988; HRC 29 maart 2005, *Marques de Morais/Angola*, Comm. 1128/2002; HRC 31 maart 1983, *Pereira Montero/Uruguay*, Comm. 106/1981; HRC 23 maart 1982, *Vidal Martins/Uruguay*, Comm. R.13/57. Overigens heeft het Mensenrechtencomité nog niet beoordeeld of de staat van verblijf verplicht is reisdocumenten uit te vaardigen indien de staat van nationaliteit zulks verzuimt te doen.

92 Zie met verdere jurisprudentieverwijzingen S. Joseph & M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials, and Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2013, nr. 12.19. Zie met meer voorbeelden van niet-toelaatbare obstakels rondom visumaanvragen A. Conte & R. Burchill, *Defining Civil and Political Rights. The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee*, Farnham/Burlington: Ashgate 2009, p. 69-70.

93 M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, Kehl: N.P. Engel Publisher 2005, p. 269; S. Joseph & M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials, and Commentary*, Oxford: Oxford University Press →

ii. Voorwaarden voor beperking van het recht om het land te verlaten

De discussie bij de totstandkoming van de beperkingsclausule in art. 12 lid 3 IVBPR[94] richtte zich voornamelijk op het vinden van een compromis tussen een uitputtende lijst van alle mogelijke legitieme beperkinggronden van het recht op bewegingsvrijheid en het opnemen van een algemene beperkingsclausule, voor welke optie uiteindelijk is gekozen in lijn met de benadering van het EVRM.[95] Het recht op bewegingsvrijheid kan worden beperkt indien de beperking 1. bij de wet is voorzien , 2. verenigbaar is met de andere in het IVBPR erkende rechten en 3. nodig is ter 4. bescherming van de nationale veiligheid, de openbare orde, de volksgezondheid of de goede zeden of van de rechten en vrijheden van anderen (de legitieme doelen).

De beperkingsvoorwaarde 'bij de wet zijn voorzien' ('provided by law') houdt in – soortgelijk als in de jurisprudentie van het EHRM – dat de wettelijke bepaling voldoende duidelijk, toegankelijk en voorzienbaar moet zijn.[96] Bij de totstandkoming van de wetgeving moet de wetgever acht slaan op de uitgangspunten dat 'the restrictions must not impair the essence of the right […]; the relation between the right and restriction, between norm and exception, must not be reversed'.[97] De 'law' moet voldoende precies de beperkingscriteria uiteenzetten en mag geen onbeperkte discretionaire bevoegdheid verschaffen aan degenen die voor de uitvoering van de wetgeving verantwoordelijk zijn.[98]

2013, nr. 12.21. HRC, General Comment 27, Freedom of movement (art. 12), *U.N. Doc.* CCPR/C/21/Rev.1/Add/9 (1999), par. 9; HRC 31 maart 1983, *Lichtenstein/Uruguay,* Comm. 77/1980, r.o. 8.3.

94 De bovengenoemde rechten kunnen aan geen andere beperkingen worden onderworpen dan die welk bij de wet zijn voorzien, nodig zijn ter bescherming van de nationale veiligheid, de openbare orde, de volksgezondheid of de goede zeden of van de rechten en vrijheden van anderen en verenigbaar zijn met de andere in dit Verdrag erkende rechten.

95 M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, Kehl: N.P. Engel Publisher 2005, p. 262, 270. Het initiële ontwerp van de beperkingsclausule bevatte 14 gronden voor beperking van het recht op bewegingsvrijheid: legitieme vormen van 'gedwongen arbeid zoals militaire dienst; tijden strafrechtelijke procedures, bij belastingschuld en andere schulden jegens de staat, alsook beperkingen ter bescherming van maatschappelijke orde, moraal, gezondheid of veiligheid, bescherming van hulpbehoevende personen, assistentie aan andere staten in verband met migratiecontrole, etc.

96 M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, Kehl: N.P. Engel Publisher 2005, p. 273.

97 HRC, General Comment 27, Freedom of movement (art. 12), *U.N. Doc*. CCPR/C/21/Rev.1/Add/9 (1999), par. 13.

98 HRC, General Comment 27, Freedom of movement (art. 12), *U.N. Doc*. CCPR/C/21/Rev.1/Add/9 (1999), par. 13.

De formulering dat de beperkingen ook compatibel moeten zijn met andere rechten uit het IVBPR wijkt af van de formulering zoals door het EVRM gehanteerd, en brengt de intentie van de ontwerpers tot uiting om tot een formulering te komen 'that would specify what a "just" law should contain: a law that provides for interference with the freedom of movement should not merely be general-abstract and rational but also just'.[99] Deze eis brengt aldus expliciet tot uiting dat de belangenafweging voor de beperking van het recht op bewegingsvrijheid voldoende moet zijn afgestemd op de beschermde belangen in andere bepalingen van het Verdrag.[100] De beperkende maatregel moet de doelen niet enkel dienen, maar moet noodzakelijk zijn ter bescherming van deze doelen.[101] Ondanks de afwijkende formulering, loopt de interpretatie en toepassing van deze eis door het Mensenrechtencomité niet wezenlijk uiteen met die van het EHRM.

De voorwaarde dat de beperking een van de genoemde legitieme doelen dient te hebben, is – vergelijkbaar met het EVRM – ruim en abstract opgezet en wordt in de overwegingen van het Mensenrechtencomité niet uitgebreid besproken of getoetst *in concreto*; de stelling van de staat dat bepaalde beperkende maatregelen specifieke legitieme doelen nastreven, worden door het Comité nauwelijks ter discussie gesteld. Met betrekking tot de overwogen gebiedsstrafbaarstelling zijn de bescherming van de nationale veiligheid, van de openbare orde en van de rechten van anderen de meest voor de hand liggende gronden. De grond 'nationale veiligheid' is met name gereserveerd voor 'grave cases of political or military threat to the entire nation' en 'particularly serves the smooth functioning of military and other security forces'.[102] Uit HRC-zaken blijkt dat vrij vergaande vrijheidsbeperkende maat-

---

99 M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, Kehl: N.P. Engel Publisher 2005, p. 273.

100 Nowak wijst erop dat de clausule 'may in cases of doubt be decisive for the evaluation of whether a restiction on freedom of movement is permissible. If a person is barred from leaving a country solely on account of an opinion he expressed, his participation in an assemble, his religious belief or his political conviction, this interference may very well be provided for by law and perhaps also be justifiable in the interests of the protection of national security or ordre public; however, it is not compatible with the prohibition of discrimination or, as the case may be, freedom of expression, religion or assembly – and this is so even when the measure as such does not constitute an express violation of Arts. 18, 19 or 21.' Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, Kehl: N.P. Engel Publisher 2005, p. 274.

101 HRC, General Comment 27, Freedom of movement (art. 12), *U.N. Doc.* CCPR/C/21/Rev.1/Add/9 (1999), par. 14. Zie ook HRC 20 maart 2012, *Orazova/Turkmenistan*, Comm. 1883/2009, par. 7.3.

102 M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, Kehl: N.P. Engel Publisher 2005, p. 276. Zie ook HRC 24 juli 1994, *Peltonen/Finland*, Comm. 492/1992, r.o. 8.4: '[…] restrictions on the freedom of movement of individuals who have →

regelen, bij een vermoeden van betrokkenheid bij terroristische activiteiten, kunnen worden gerechtvaardigd met een beroep op bescherming van nationale veiligheid.[103] 'Ordre public' beslaat de openbare veiligheid en voorkoming van strafbare feiten, alsook alle 'universally accepted fundamental principles, consistent with respect for human rights, on which a democratic society is based'.[104]

Zoals geldt voor het EHRM kijkt ook het Mensenrechtencomité vervolgens veel strenger naar de noodzakelijkheidsvoorwaarde. Volgens het Comité is het 'not sufficient that the restrictions serve the permissible purposes; they must also be necessary to protect them'.[105] De discussie of bepaalde doelen ook worden nagestreefd, zal al gauw resulteren in een concrete belangenafweging of de beperking noodzakelijk is ter bescherming van de doelen.[106] In de zaak *Sayadi and Vinck/Belgium* kwam het HRC tot de vaststelling dat de beperking van het recht op bewegingsvrijheid van de betrokkenen (uitreisverbod) niet noodzakelijk was ter bescherming van nationale veiligheid of openbare orde. In deze zaak was een uitreisverbod opgelegd vanwege de betrokkenheid bij een organisatie die op de VN-sanctielijst van met terrorisme geassocieerde organisaties en individuen stond. Nu het strafrechtelijk onderzoek op bevel van de Belgische aanklager was geëindigd, vormen de betrokkenen, volgens het Comité, geen bedreiging voor de door de staat aangedragen doelen.[107] De eis van 'noodzakelijkheid' omvat drie elementen die in een individueel geval moeten worden verwezenlijkt: 1. de beperking moet evenredig zijn aan het beschermde belang (proportionaliteit in strikte zin), 2. de maatregel moet het minst beperkende instrument zijn van de mogelijke maatregelen die het doel kunnen realiseren (subsidiariteits-

---

not yet performed their military service are in principle to be considered necessary for the protection of national security and public order'.

103 Zie o.a. HRC 18 juli 1994, *Celepli/Sweden*, Comm. 456/1991 (waarin de betrokkene, een vreemdeling, verboden werd zijn woonplaats te verlaten, hij zich drie keer per week bij de politie moest melden, en voor wijzigingen omtrent het adres alsook het werk toestemming moest vragen aan de politie). Ook HRC 26 oktober 2000, *Karker/France*, Comm. 833/1998 (waarin de betrokkende, een politiek vluchteling, vanwege verdenking van betrokkenheid bij terroristische organisatie, zijn woonplaats niet mocht verlaten en zich elke dag bij de politie moest melden). In beide zaken waren de beperkende maatregelen opgelegd tegen persoon die vanwege een verdenking van betrokkenheid bij terroristische organisaties een uitzettingsbevel hebben gekregen, welk bevel niet geëxecuteerd kon worden.

104 M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, Kehl: N.P. Engel Publisher 2005, p. 277.

105 HRC, General Comment 27, Freedom of movement (art. 12), *U.N. Doc.* CCPR/C/21/Rev.1/Add/9 (1999), par. 14.

106 Zie o.a. HRC 28 oktober 1992, *González del Río/Peru*, Comm. 263/1987 r.o. 5.3.

107 HRC 22 oktober 2008, *Sayadi and Vinck/Belgium*, Comm. 1472/2006, r.o. 10.8.

eis), en 3. de beperkende maatregel moet naar haar aard geschikt zijn om haar beschermende functie te effectueren (effectiviteitseis).[108] Dit betekent ook dat inbreukmakende maatregelen niet verder mogen gaan dan het bereiken van het legitieme doel van de maatregel op grond van objectieve overwegingen vraagt.[109] De eis van proportionaliteit (en dus de drie elementen daarin) moet worden gerespecteerd op zowel het niveau van de wetgeving alsook bij de toepassing ervan door administratieve en rechtelijke autoriteiten.[110] Het dient bovendien te gaan – net als bij het EVRM – om een noodzaak in een democratische samenleving.[111] Bij de toetsing kan de duur van de maatregel een rol spelen.[112] Verder is van belang dat de eis verlangt dat op grond van de concrete omstandigheden in de individuele zaak redenen worden aangevoerd die de belemmering kunnen verantwoorden om het land te verlaten of naar een bepaald land af te reizen.[113] Een weigering om het land te kunnen verlaten jegens een individu moet aan de rechter kunnen worden voorgelegd.[114]

Hiermee komen de door het EHRM onder art. 2 Vierde Protocol EVRM gehanteerde drie elementen van de noodzakelijkheidseis dus ook naar voren bij art. 12 IVBPR. Het verdient opmerking dat de toetsing door het Comité aan deze voorwaarden zeker niet minder streng is dan de toetsing daaraan door het EHRM maar doorgaans wel veel minder gedetailleerd en systematisch. Omdat bovendien bij ons weten ook het Mensenrechtencomité zich nooit concreet heeft uitgelaten over een strafbaarstelling die een algemeen verbod inhoudt om het land te verlaten met de bedoeling naar een bepaald ander territorium af te reizen, terwijl het Comité voormelde eisen op soortgelijke wijze hanteert als het EHRM, verwijzen wij wat betreft de conformiteit

108 HRC, General Comment 27, Freedom of movement (art. 12), *U.N. Doc.* CCPR/C/21/Rev.1/Add/9 (1999), par. 14; zie ook M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, Kehl: N.P. Engel Publisher 2005, p. 275; A. Conte & R. Burchill, *Defining Civil and Political Rights. The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee*, Farnham/Burlington: Ashgate 2009, p. 47-50.

109 A. Conte & R. Burchill, *Defining Civil and Political Rights. The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee*, Farnham/Burlington: Ashgate 2009, p. 48.

110 HRC, General Comment 27, Freedom of movement (art. 12), *U.N. Doc.* CCPR/C/21/Rev.1/Add/9 (1999), par. 15.

111 A. Conte & R. Burchill, *Defining Civil and Political Rights. The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee*, Farnham/Burlington: Ashgate 2009, p. 48.

112 Mede vanwege de duur van de maatregel wordt een schending van art. 12 lid 2 IVBPR geconstateerd in HRC 28 oktober 1992, *González del Río/Peru*, Comm. 263/1987, r.o. 5.3.

113 Zie o.a. HRC 2 november 2004, *El Ghar/Libyan Arab Jamahiriya*, Comm. 1107/2002, r.o. 7.2, 7.3 en 8; HRC 31 maart 1983, *Lichtenstein/Uruguay*, Comm. 77/1980, r.o. 8.3-8.4, in welke zaken daarvan geen sprake was.

114 HRC, Concluding Observations, Sudan, *U.N. Doc.* ICCPR, A/53/40 vol. I (1998), par. 125.

van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling aan deze drie eisen naar hetgeen wij daarover hiervoor opgemerkt in relatie tot het recht om het land te verlaten uit art. 2 Vierde Protocol EVRM. De vanuit deze bepaling aangaande de overwogen gebiedsstrafbaarstelling gevonden obstakels, bezwaren en spanningen met onder meer de eisen van proportionaliteit, subsidiariteit en effectiviteit zijn dus ook van toepassing in relatie tot art. 12 lid 2 IVBPR.

3.2.3 Conclusie omtrent het recht om het land te verlaten

Voor zover bekend hebben het EHRM en het Mensenrechtencomité zich nooit concreet erover uitgelaten of een strafbaarstelling die een algemeen verbod inhoudt om het land te verlaten met de bedoeling naar een bepaald ander territorium af te reizen, houdbaar is vanuit het EVRM respectievelijk het IVBPR. Dat neemt niet weg dat de jurisprudentie van deze instanties vele aanknopingspunten biedt voor een beoordeling van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling. Wat betreft het recht op bewegingsvrijheid in art. 2 Vierde Protocol EVRM en art. 12 IVBPR geldt dat de overwogen gebiedsstrafbaarstelling de mogelijkheid beperkt om naar een land van eigen keuze af te reizen en daar te verblijven, zodat reeds de enkele gelding van deze strafbaarstelling inbreuk maakt op het deelrecht om het land te verlaten. Dat geldt a fortiori indien het op grond van de strafbaarstelling tot toepassing van dwangmiddelen, vervolging of bestraffing komt. De strafbaarstelling is aldus slechts toelaatbaar indien deze voldoet aan de voorwaarden uit het klassieke toetsingsschema (voorzien bij wet, legitiem doel en noodzakelijk). Daartoe zal de strafbaarstelling onder meer proportioneel, subsidiair en effectief moeten zijn aangaande het beoogde doel, te weten: 1. tegengaan aansluiting van Nederlanders bij terroristische organisaties, deelname aan gewapende strijd en jihadisme, 2. bescherming Nederlandse veiligheid, en 3. mogelijk maken van het aanhouden, verhoren en vervolgen van elke teruggekeerde jihadreiziger.

Allereerst is van belang dat de in hoofdstuk 2 gevonden problemen omtrent het legaliteitsbeginsel, zich in feite evenzeer opdringen bij het 'voorzien bij wet'-vereiste, aangezien dit vereiste in beginsel dezelfde lex certa-eisen veronderstelt als die voorvloeien uit art. 7 EVRM. Verder is de overwogen strafbaarstelling problematisch vanwege het noodzakelijkheidsvereiste. Wat betreft de daaruit voortvloeiende vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit is namelijk bezwaarlijk dat de strafbaarstelling voor onbepaalde tijd en mogelijk lange duur de keuze beperkt voor burgers om naar bepaalde landen af te reizen. Dat zal sterker gelden naarmate de redenen voor een individu om naar een verboden gebied af te reizen of daar te verblijven zwaarwegender zijn. Daarbij komt dat de strafbaarstelling zich ook uitstrekt over personen bij wie van een bijdrage aan terroristische organisatie of van anderszins materieel wederrechtelijk handelen of de intentie daartoe geen sprake is (tenzij in de overwogen gebiedsstrafbaarstelling een wederrechtelijkheidsbe-

standdeel zou worden opgenomen of wanneer zou worden voorzien in een abstracte dan wel gespecificeerde bijzondere strafuitsluitingsgrond; maar dat roept weer andere moeilijkheden op, waarop wij in hoofdstuk 5 nader terugkomen). Te denken valt – naast journalisten – aan onder meer bezoekers van familieleden, zakenlieden en ondernemers, eigenaren van onroerend goed of andere bezittingen ter plaatsen, personen die financiële belangen in het gebied hebben, personen die om juridische redenen in het gebied moeten zijn, personen die bona fide religieuze beweegredenen hebben om in of door het gebied te komen, politici, archeologen, wetenschappers, avonturiers, vakantiegangers, quasi journalisten, vertegenwoordigers van niet-gouvernementele mensenrechtenorganisaties, hulpverleners en bemiddelaars bij onder meer ontvoeringen of voor een wapenstilstand. Meer procedureel speelt bovendien het probleem dat een dergelijke strafbaarstelling niet voorziet in de mogelijkheid van een geïndividualiseerde periodieke toetsing noch in een geïndividualiseerde rechterlijke toetsing van de toelaatbaarheid van de uitreisbeperking voor een individu dat daardoor wordt geraakt. De automatische werking van de gebiedsstrafbaarstelling (een strafbaarstelling impliceert immers een algemeen verbod) biedt geen ruimte voor het in beschouwing nemen van de individuele omstandigheden van het geval. Voorts stuit de overwogen strafbaarstelling op bezwaren vanuit het effectiviteitsvereiste voor zover die zich ook uitstrekt over personen die niet materieel wederrechtelijk handelen en daartoe ook niet de intentie hebben. Dat de strafbaarstelling ook dergelijke personen belemmert naar bepaalde territoria te reizen, verhoogt feitelijk immers in beginsel niet de veiligheid van Nederland. De in hoofdstuk 2 besproken problemen vanuit het daadstrafrechtbeginsel en wederrechtelijkheidsbeginsel doen zich wat betreft zowel het proportionaliteitsbeginsel als het effectiviteitsbeginsel ook gelden bij het recht om het land te verlaten.

Een voor de hand liggende vraag is of deze verschillende bezwaren vanuit het recht om het land te verlaten in de zin van art. 2 Vierde Protocol EVRM en art. 12 IVBPR, te ondervangen zijn door op andere wijze tegen te gaan dat personen naar door terroristische organisaties gecontroleerde gebieden afreizen (en daaruit vervolgens weer terug te komen naar Nederland) teneinde aan die organisaties bij te dragen. Het tot stand brengen van een op de casuïstiek toegesneden vervolgingsbeleid kan hooguit zeer ten dele de bezwaren tegen de overwogen gebiedsstrafbaarstelling wegnemen, omdat invoering van de strafbaarstelling reeds als zodanig een belemmering opwerpt om naar allerlei gebieden te gaan. Zodanig systeem zou misschien wel kunnen zijn gelegen in een systeem van zogenoemde uitreisvisa, waarin personen uit de zojuist genoemde categorieën individueel toestemming kan worden verleend om naar een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied af te reizen. Hoewel dit onderzoek zich niet uitstrekt tot het uiteenzetten of doordenken van zodanig systeem, zullen we er ter spiegeling van de overwogen strafbaarstelling wel op terugkomen in hoofdstuk 5. In

dat hoofdstuk zal bovendien een relatie worden gelegd naar de parameters uit de andere hoofdstukken.

3.3 ANDERE MENSENRECHTEN: PRIVÉLEVEN, GELOOFSOVERTUIGING, MENINGSUITING

Afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval, kan de overwogen gebiedsstrafbaarstelling ook een inbreuk maken op andere fundamentele rechten en vrijheden. In het bijzonder valt te denken aan het recht op privé-, familie en gezinsleven, het recht op vrijheid van geloofsovertuiging c.q. religie en het recht vrijheid van meningsuiting. In het navolgende zullen wij de overwogen strafbaarstelling van 'het vrijwillig verblijf op door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' meer beknopt beoordelen vanuit het perspectief van deze drie mensenrechten. Daarbij ligt de nadruk op de bespreking van de reikwijdte van de genoemde rechten (paragrafen 3.3.1-3.3.3). De toetsing voor deze rechten aan het klassieke toetsingsschema (voorzien bij wet, legitiem doel en noodzakelijk in een democratische samenleving) komt afzonderlijk aan bod in paragraaf 3.3.4, omdat daarvoor grotendeels hetzelfde relevant is als hetgeen hierboven is besproken voor art. 2 Vierde Protocol EVRM.

Zoals opgemerkt maakt de overwogen gebiedsstrafbaarstelling primair een inbreuk op het recht van bewegingsvrijheid. Soms spelen daarbij de genoemde – of andere – mensenrechten een subsidiaire rol in die zin dat een inbreuk of zelfs schending van die andere rechten direct uit de beperking of schending van bewegingsvrijheid kan worden afgeleid.[115] Zo heeft het Hof overwogen dat hoewel het Verdrag het recht van buitenlanders op toegang en verblijf in een ander land niet garandeert, de immigratiecontroles moeten worden uitgevoerd conform de verplichtingen die voortvloeien uit het

115 Vgl. HRC 29 maart 2005, *Marques de Morais/Angola*, Comm. 1128/2002 (journalist van wie de paspoort wordt afgenomen ter voorkoming dan hij naar Zuid-Afrika afreist). Zie ook HRC 28 oktober 1992, *González del Río/Peru*, Comm. 263/1987, r.o. 5.3: 'Pursuant to paragraph 3 of article 12, the right to leave any country may be restricted, primarily, on grounds of national security and public order (ordre public). The Committee considers that pending judicial proceedings may justify restrictions on an individual's right to leave his country. But where the judicial proceedings are unduly delayed, a constraint upon the right to leave the country is thus not justified. In this case, the restriction on Mr. González' freedom to leave Peru has been in force for seven years, and the date of its termination remains uncertain. The Committee considers that this situation violates the author's rights under article 12, paragraph 2; in this context, it observes that the violation of the author's rights under article 12 may be linked to the violation of his right, under article 14, to a fair trial.'

EVRM.[116] Voor zover een maatregel opgelegd in het kader van verlenging van verblijf in een staat is verbonden met het recht op vrijheid van geloofsovertuiging, zou deze maatregel een inbreuk kunnen vormen op dat recht.[117] In bijvoorbeeld een geval waarbij iemand het vanwege de overwogen gebiedsstrafbaarstelling niet is toegestaan naar een bepaald gebied af te reizen voor een familiebezoek of het vergaren van nieuwswaardige informatie, is naast het recht van bewegingsvrijheid ook het recht op familieleven respectievelijk de vrijheid van meningsuiting in het geding. Dat geldt a fortiori wanneer in deze gevallen toepassing van dwangmiddelen en/of een strafrechtelijke vervolging plaatsvindt op basis van de gebiedsstrafbaarstelling. In dergelijke gevallen zal het EHRM – en ook het Mensenrechtencomité – meestentijds overigens volstaan met een toetsing aan en oordeel over het recht op van bewegingsvrijheid en andere relevante bepalingen buiten beschouwing laten. De manier waarop de argumenten door de partijen die voor deze mensenrechteninstanties optreden, zijn vormgegeven zal daarbij een doorslaggevende rol kunnen spelen. In het geval van het EVRM kan het Hof niet altijd de volledige toetsing in het kader van art. 2 Vierde Protocol EVRM uitvoeren wanneer de staat het protocol niet heeft geratificeerd. In zo'n geval zal de toetsing in het kader aan andere mensenrechten, zoals art. 8 EVRM doorgaans wel plaatsvinden.[118] Nu het Vierde Protocol EVRM voor Nederland wel van kracht is, illustreert ook het bovenstaande nog eens dat andere mogelijk relevante mensenrechten in beginsel subsidiair zijn aan het recht op bewegingsvrijheid voor de toetsing van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling.

3.3.1 Recht op privé- en gezinsleven (art. 8 EVRM en art. 17 IVBPR)

In het kader van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling verdient het recht neergelegd in artt. 8 EVRM en 17 IVBPR nadere beschouwing vanuit in het bijzonder twee perspectieven: de bewegingsvrijheid als onderdeel van privéleven en het recht op gezins- en familieleven.[119]

---

116 EHRM 12 februari 2009, *Nolan and K./Russia,* nr. 2512/04, *EHRC* 2009/43 m.nt. Woltjer, r.o. 62; EHRM 28 mei 1985, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali/The United Kingdom*, nr. 9214/80, 9473/81 en 9474/81, r.o. 59-60: '[…] although some aspects of the right to enter a country are governed by Protocol No. 4 as regards States bound by that instrument, it is not to be excluded that measures taken in the field of immigration may affect the right to respect for family life under Article 8'.

117 EHRM 12 februari 2009, *Nolan and K./Russia,* nr. 2512/04, *EHRC* 2009/43 m.nt. Woltjer, r.o. 62.

118 Zie bijv. EHRM 6 december 2005, *Iletmis/Turkey,* nr. 29871/96, *EHRC* 2006/18 m.nt. Brems.

119 De vier, deels overlappende aspecten die onder art. 8 EVRM vallen zijn het privéleven, het gezins- en familieleven, de woning en de correspondentie. Voor een uitgebreide be- →

Het EHRM benadert de term 'privéleven' als een breed begrip dat zich niet leent voor een uitputtende definitie.[120] Het Hof onderscheidt wel verschillende aspecten van het 'privéleven' die binnen de reikwijdte van art. 8 EVRM vallen. Zo ligt gezondheid en de psychische en morele integriteit binnen het begrip privéleven. Daarbij wordt ook het recht op persoonlijke ontwikkeling en het recht om relaties met andere mensen en de buitenwereld aan te gaan en deze te onderhouden door het recht beschermd.[121] Vanuit dit perspectief valt een verbod om op een bepaald gebied te verblijven binnen de reikwijdte van dit recht indien in dit gebied persoonlijke of zakelijke relaties bestaan of kunnen worden aangegaan en (verder) ontwikkeld.[122] De onmogelijkheid om naar een bepaald gebied af te reizen in verband met bijvoorbeeld medische behandeling vormt alzo een inbreuk op het privéleven.[123] Dit betekent niet dat alles zo binnen het bereik ligt van art. 8 EVRM. De potentiële relaties zullen namelijk een zekere concreetheid dienen te hebben, in die zin dat het om meer dan volstrekt algemene en onbepaalde relatiemogelijkheden dient te gaan. Het EHRM heeft de toepassing van art. 8 EVRM uitgesloten waar de relaties zo breed en onbepaald zijn dat er 'no conceivable direct link' is tussen de activiteiten van de staat en het privé-leven van een individu. Niet alle activiteiten waardoor relaties met andere kunnen worden aangegaan en ontwikkeld vallen dus onder de reikwijdte van de bewegingsvrijheid

---

spreking zie D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates & C.M. Buckley (red.), *Harris, O'Boyle & Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights,* Oxford: Oxford University Press 2014, p. 522-591; B. Rainey, E. Wicks & C. Ovey, *Jacobs, White & Ovey. The European Convention on Human Rights,* Oxford: Oxford University Press 2014, p. 361-410. In het kader van art. 8 EVRM heeft het Hof niet alleen de klassieke negatieve, maar ook de positieve en procedurele verplichtingen erkend; zie o.a. EHRM 13 juni 1979, *Marckx/Belgium*, nr. 6833/74, r.o. 31.

120 EHRM (GK) 4 december 2008, *S. and Marper/The United Kingdom*, nr. 30562/04, *NJCM-Bulletin* 2009-4, p. 391-406 m.nt. Van der Staak, r.o. 66; EHRM (GK) 12 september 2012, *Nada/Switzerland*, nr. 10593/08, *NJ* 2014/244 m.nt. Alkema, r.o. 151.

121 EHRM (GK) 4 december 2008, *S. and Marper/The United Kingdom*, nr. 30562/04, *NJCM-Bulletin* 2009-4, p. 391-406 m.nt. Van der Staak, r.o. 66; EHRM (GK) 12 september 2012, *Nada/Switserland*, nr. 10593/08, *NJ* 2014/244 m.nt. Alkema, r.o. 165: 'It takes the view that the measure preventing the applicant from leaving the very confined area of Campione d'Italia for at least six years was likely to make it more difficult for him to exercise his right to maintain contact with others – in particular his friends and family – living outside the enclave (see, *mutatis mutandis*, *Agraw/Switzerland*, no. 3295/06, § 51, and *Mengesha Kimfe/Switzerland*, no. 24404/05, §§ 69-72, both judgments of 29 July 2010).'

122 D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates & C.M. Buckley (red.), *Harris, O'Boyle & Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights,* Oxford: Oxford University Press 2014, p. 525: 'Article 8 potentially encapsulates any complaint where an applicant is able to show that his interaction with others is affected.'

123 EHRM (GK) 12 september 2012, *Nada/Switserland*, nr. 10593/08, *NJ* 2014/244 m.nt. Alkema, r.o. 154.

als onderdeel van het privéleven in art. 8 EVRM.[124] De overwogen strafbaarstelling maakt onzes inziens dan ook geen inbreuk op dit recht jegens personen die niets met gebieden waarover die strafbaarstelling zich uitstekt te maken hebben en die ook anderszins geen rechtens te aanvaarden reden hebben om daar te verblijven. Maar ingeval van bijvoorbeeld bezoekers van familie of vrienden, bona fide zakenlieden, eigenaren van onroerend goed of andere bezittingen ter plaatsen en bemiddelaars bij onder meer ontvoeringen, zou een uitreisverbod, een verbod om in bepaalde gebieden te verblijven en/of intrekking van een paspoort al gauw inbreuk op de bewegingsvrijheid als onderdeel van het privéleven van de betrokkene.

In enkele zaken heeft het Hof de beperking die uit de intrekking van het paspoort voortvloeide, ook daadwerkelijk in het licht van art. 8 beoordeeld omdat het Vierde Protocol EVRM in de staat niet van toepassing was. In de zaak *Iletmis* overweegt het Hof:

> 'the confiscation by the administrative authorities of the applicant's passport and their failure to return it to him for a number of years amount to an interference with the applicant's exercise of his right to respect for his private life. Sufficiently close personal ties existed for there to have been a risk that they would be seriously affected by the confiscation measure'.[125]

Naarmate de nauwe persoonlijke banden sterker zijn – bijvoorbeeld partner, kinderen of andere familie – zal de inbreuk op art. 8 EVRM ingrijpender zijn. Bovendien zal naast een inbreuk op de bewegingsvrijheid als onderdeel van privéleven dan ook een inbreuk op het recht op gezins- en familieleven aan de orde kunnen zijn. Daarvan zal in elk geval sprake zijn indien de overwogen gebiedsstrafbaarstelling in de weg staat aan contact met en bezoek aan familieleden die verblijven op het terroristisch grondgebied (de terroristische 'no go zone').[126] De beoordeling of sprake is van familieleven is zeer afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het geval; het relevante beoordelingscriterium wordt gevormd door de aanwezigheid van effectieve banden tussen de betrokken individuen.[127] Naarmate de beperkende maatregel het contact met de buitenwereld, met familie en vrienden bemoeilijkt zal het al

---

124 Zie D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates & C.M. Buckley (red.), *Harris, O'Boyle & Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 525 en de jurisprudentieverwijzingen aldaar in voetnoot 23.

125 EHRM 6 december 2005, *Iletmis/Turkey*, nr. 29871/96, *EHRC* 2006/18 m.nt. Brems, r.o. 42.

126 EHRM (GK) 12 september 2012, *Nada/Switzerland*, nr. 10593/08, *NJ* 2014/244 m.nt. Alkema, r.o. 152.

127 EHRM (GK) 2 novemebr 2010, *Şerife Yiğit/Turkey*, nr. 3976/05, *NJ* 2011/567 m.nt. Alkema, r.o. 93; EHRM (GK) 12 september 2012, *Nada/Switzerland*, nr. 10593/08, *NJ* 2014/244 m.nt. Alkema, r.o. 152.

gauw binnen de reikwijdte van art. 8 EVRM vallen. Zo overwoog het Hof in *Nada/Switzerland*:

> '[i]t cannot be excluded that the measure prohibiting him [de klager] from entering Switzerland prevented him – *or at least made it more difficult for him* – to consult his doctors in Italy or Switzerland or to visit his friends and family. Article 8 therefore applies in the present case in both its 'private life' aspect and its 'family life' aspect.'[128]

Op de vraag onder welke omstandigheden de door de overwogen strafbaarstelling te veroorzaken inbreuken op art. 8 EVRM uiteindelijk ook in strijd met deze bepaling zijn, komen wij zoals opgemerkt verderop terug.

3.3.2 Vrijheid van geloofsovertuiging c.q. religie (art. 9 EVRM en art. 18 IVBPR)

De relevantie van het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst uit art.. 9 EVRM en art. 18 IVBPR is in het kader van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling beperkt tot specifieke gevallen waarin iemand zijn geloofsovertuiging wil belijden of tot uiting wil brengen. Het kan dan bijvoorbeeld gaan om personen die in het verboden gebied bona fide beogen om religieuze leiders te bezoeken, belangrijke religieuze gebeurtenissen bij te wonen of vanwege pelgrimage in of door het gebied te komen. Het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst omvat tevens de vrijheid om van godsdienst of overtuiging te veranderen, alsmede de vrijheid hetzij alleen, hetzij met anderen, zowel in het openbaar als privé zijn godsdienst te belijden of overtuiging tot uitdrukking te brengen in erediensten, in onderricht, in praktische toepassing ervan en in het onderhouden van geboden en voorschriften. Enkel de externe dimensie (*forum externum*) van dit recht, de vrijheid zijn godsdienst te belijden of overtuiging tot uiting te brengen, kan aan beperkingen worden onderworpen. Die beperkingen dienen dan te voldoen aan de voorwaarden uit het klassieke toetsingsschema (voorzien bij wet, legitiem doel en noodzakelijk).

De mensenrechteninstanties definiëren de begrippen religie en overtuiging niet, maar vatten deze breed op.[129] Volgens het EHRM omvat het recht

128 EHRM (GK) 12 september 2012, *Nada/Switzerland*, nr. 10593/08, *NJ* 2014/244 m.nt. Alkema, r.o. 154 (onze cursivering, PHvK/MF)

129 Zie wat betreft het IVBPR bijv. HRC, General Comment No. 22 (48) (art. 18), CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, 27 september 1993, par. 2. Zie over het recht op religie in de mensenrechtenverdragen, waaronder het IVBPR, het EVRM en de Inter-Amerikaanse en Afrikaanse mensenrechtenverdragen, P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Freedom of Religion and Criminal Law. From the Principle of Separation of Church and State to the Principle of Pluralist Democracy?' in: J.A. van der Ven & H.-G. Ziebertz (Eds), *Tensions within and between Religions and Human Rights*, Leiden: Brill 2011, p. 27-66.

op vrijheid van geloofsovertuiging 'views that attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance'.[130] Waar het om zulke zienswijzen gaat, past het niet voor een staat, in het licht van de eis van neutraliteit en onpartijdigheid, om de legitimiteit van zulke zienswijzen en de manier waarop deze worden geuit te beoordelen.[131] Niet alle handelingen die geïnspireerd, gemotiveerd of beïnvloed zijn door een bepaalde overtuiging vormen echter ook een 'uiting' van deze overtuiging:

> 'In order to count as a 'manifestation' within the meaning of Article 9, the act in question must be intimately linked to the religion or belief. An example would be an act of worship or devotion which forms part of the practice of a religion or belief in a generally recognised form. However, the manifestation of religion or belief is not limited to such acts; the existence of a sufficiently close and direct nexus between the act and the underlying belief must be determined on the facts of each case. In particular, there is no requirement on the applicant to establish that he or she acted in fulfilment of a duty mandated by the religion in question.'[132]

Aldus moet tussen de handeling en de overtuiging een voldoende direct verband bestaan om te kunnen speken van een uiting van geloofsovertuiging c.q. religie, maar is het geen voorwaarde om aan te tonen dat een bepaalde uiting een verplichting door de overtuiging opgelegd oplevert.

De jurisprudentie van het EHRM aangaande het recht op vrijheid van geloofsovertuiging laat een ontwikkeling zien naar een 'bolder en more imagi-

---

130 EHRM 15 januari 2013, *Eweida/The United Kingdom*, nr. 48420/10, *EHRC* 2013/67 m.nt. Gerards, r.o. 81.

131 EHRM 15 januari 2013, *Eweida /The United Kingdom*, nr. 48420/10, *EHRC* 2013/67 m.nt. Gerards, r.o. 81.

132 EHRM 15 januari 2013, *Eweida/The United Kingdom*, nr. 48420/10, *EHRC* 2013/67 m.nt. Gerards, r.o. 82. HRC, General Comment No. 22 (48) (art. 18), CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, 27 september 1993, par. 4: 'The freedom to manifest religion or belief in worship, observance, practice and teaching encompasses a broad range of acts. The concept of worship extends to ritual and ceremonial acts giving direct expression to belief, as well as various practices integral to such acts, including the building of places of worship, the use of ritual formulae and objects, the display of symbols, and the observance of holidays and days of rest. The observance and practice of religion or belief may include not only ceremonial acts but also such customs as the observance of dietary regulations, the wearing of distinctive clothing or headcoverings, participation in rituals associated with certain stages of life, and the use of a particular language customarily spoken by a group. In addition, the practice and teaching of religion or belief includes acts integral to the conduct by religious groups of their basic affairs, such as, inter alia, the freedom to choose their religious leaders, priests and teachers, the freedom to establish seminaries or religious schools and the freedom to prepare and distribute religious texts or publications.'

native approach'.[133] Deze houdt in dat wanneer een individu het moeten doen van concessies aan diens geloofsovertuiging kan vermijden, dit niet betekent dat geen sprake is van een schending van het recht. Zo heeft het Hof de 'free to resign' benadering in zaken waarin het om religieuze uitingen in de werksfeer ging[134] verworpen in het voordeel van een belangenafweging:

> 'Given the importance in a democratic society of freedom of religion, the Court considers that, where an individual complains of a restriction on freedom of religion in the workplace, rather than holding that the possibility of changing job would negate any interference with the right, the better approach would be to weigh that possibility in the overall balance when considering whether or not the restriction was proportionate.'[135]

Door afstand te doen van deze 'free to leave'-test voorkomt het Hof een beperking van de reikwijdte van art. 9 lid 1 EVRM niet, maar verdisconteert het de eventuele mogelijkheid om een situatie die de vrijheid van godsdienst beperkt te ontwijken bij de beoordeling van de noodzakelijkheid van deze beperkende maatregel. Deze benadering is in lijn met artt. 8, 10 en 11 EVRM waarvoor het Hof steeds van een brede uitleg van de rijwijdte uitgaat en zoveel mogelijk factoren bij de belangenafweging betrekt.[136]

Wat betreft de overwogen gebiedsstrafbaarstelling geldt dat de keuze van een individu om niet naar een terroristisch grondgebied af te reizen, in

133 D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates & C.M. Buckley (red.), *Harris, O'Boyle & Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights,* Oxford: Oxford University Press 2014, p. 605.

134 De Commissie heeft in enkele zaken deze benadering toegepast, zie bijv. ECieRM 3 december 1996, *Konttinen/Finland,* nr. 24949/94.

135 EHRM 15 januari 2013, *Eweida/The United Kingdom*, nr. 48420/10, *EHRC* 2013/67 m.nt. Gerards, r.o. 83: 'It is true, […] that there is case-law of the Court and Commission which indicates that, if a person is able to take steps to circumvent a limitation placed on his or her freedom to manifest religion or belief, there is no interference with the right under Article 9 § 1 and the limitation does not therefore require to be justified under Article 9 § 2. […] More relevantly, in cases involving restrictions placed by employers on an employee's ability to observe religious practice, the Commission held in several decisions that the possibility of resigning from the job and changing employment meant that there was no interference with the employee's religious freedom […]. However, the Court has not applied a similar approach in respect of employment sanctions imposed on individuals as a result of the exercise by them of other rights protected by the Convention, for example the right to respect for private life under Article 8; the right to freedom of expression under Article 10; or the negative right, not to join a trade union, under Article 11 […]'.

136 D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates & C.M. Buckley (red.), *Harris, O'Boyle & Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights,* Oxford: Oxford University Press 2014, 2014, p. 605.

beginsel zal betekenen dat in concreto geen sprake is van een beperking van het recht om de overtuiging te manifesteren. Daarvoor is ook van belang dat de strafbaarstelling niet reeds in zij algemeenheid valt aan te merken als een beperking van het recht op geloofsovertuiging. De strafbaarstelling strekt immers niet ertoe dit recht te beperken, terwijl zodanige beperking zich ook niet steeds zal voordoen in elk geval waarin de gelding van de strafbaarstelling of de toepassing ervan een individu raakt. Van een inbreuk door de overwogen strafbaarstelling op het geloofsrecht zal aldus hooguit sprake zijn indien deze een individu concreet beperkt in zijn mogelijkheden om – al dan niet: mede – vanwege geloofsoverwegingen naar het land af te reizen of daar te willen verblijven. Overigens zal het daarbij dan wel om rechtens te aanvaarden geloofsoverwegingen dienen te gaan; het plegen van strafbare feiten zoals strafbare deelnemen aan de gewapende strijd zal in beginsel niet in die zin kunnen kwalificeren.[137] Maar voor zover de overwegingen inderdaad rechtens te aanvaarden zijn, zal een mogelijkheid voor het individu om zijn geloofsdoelen buiten het terroristische territorium te verwezenlijken, een rol kunnen spelen bij de proportionaliteitsafweging.

Ondertussen is het zo dat de mogelijkheid voor de betrokkene om bepaalde stappen te nemen waarmee een beperking van het recht op geloofsovertuiging kan worden omzeild, eerst nog relevant kan zijn bij de beantwoording van de vraag of in het geheel wel sprake is van een geloofsuiting. Zo stelt het EHRM in de zaak Cha'are Shalom Ve Tsedek geen inmenging vast in het recht op geloofsovertuiging kunnen waar het ging om een beslissing van de overheid om een vereniging van Orthodoxe Joden te weigeren een vergunning voor ritueel slachten af te geven nu het speciaal gecertificeerde vlees ook op een andere manier te verkrijgen was.[138] Het Hof overweegt dat 'there would be interference with the freedom to manifest one's religion only if the illegality of performing ritual slaughter made it impossible for ultra-orthodox Jews to eat meat from animals slaughtered in accordance with the religious prescriptions they considered applicable'.[139] In de latere Eweida-zaak legt het Hof deze beperking van de reikwijdte van art. 9 lid 1 EVRM (die tot uiting komt in de mogelijkheid voor de betrokkene 'to take steps to circumvent a limitation placed on his or her freedom to manifest religion or belief') uit met een beroep op de vaststelling van de specifieke

137 Zie ook art. 17 EVRM inzake het verbod van misbruik van recht: 'Geen der bepalingen van dit Verdrag mag worden uitgelegd als zou zij voor een Staat, een groep of een persoon een recht inhouden enige activiteit aan de dag te leggen of enige daad te verrichten met als doel de rechten of vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld teniet te doen of deze verdergaand te beperken dan bij dit Verdrag is voorzien.'

138 EHRM (GK) 27 juni 2000, *Cha'are Shalom Ve Tsedek/France*, nr. 27417/95, *AB* 2001/116 m.nt. Vermeulen.

139 EHRM (GK) 27 juni 2000, *Cha'are Shalom Ve Tsedek/France*, nr. 27417/95, *AB* 2001/116 m.nt. Vermeulen, r.o. 80.

geloofsuiting in casu, namelijk de consumptie van vlees van dieren die op een speciale rituele manier zijn geslacht; het gaat dan dus juist niet om de persoonlijke betrokkenheid bij het rituele slachten en de certificering van het vlees.[140]

In het kader van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling is het aldus van belang vast te stellen waaruit de geloofsuiting precies bestaat: hoe intrinsieker deze verbonden is met het gebied onderworpen aan de strafbaarstelling, des te eerder zal de strafbaarstelling een inmenging vormen op art. 9 lid 1 EVRM. Indien het belijden of tot uiting brengen van de overtuiging echter in wezen evengoed ergens anders valt te realiseren, is zodanige inmenging niet aan de orde. Maar zelfs indien het verblijf op het terroristisch gebied als een geloofsuiting kan worden aangemerkt,[141] dan nog valt te bezien of het maatschappelijk belang van de strafbaarstelling niet zwaarder weegt dan het individuele recht op vrijheid van geloofsovertuiging in geval in concreto de betrokkene de mogelijkheid heeft op een andere manier het geloof te belijden dan door het verblijf in dat specifieke gebied.

3.3.3 Vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM en art. 19 IVBPR)

Ook het recht op vrijheid van meningsuiting wordt zeer breed opgevat. Het ziet niet alleen de inhoud van de informatie en ideeën, eronder vallen ook de uiteenlopende vormen waarin en instrumenten waarmee deze informatie en ideeën worden geuit, overgedragen en ontvangen.[142] De toepassing van de strafbaarstelling van 'vrijwillig verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' kan aldus onder omstandigheden een inbreuk maken op het recht op vrijheid van meningsuiting nu hiermee de mogelijkheid om informatie te verschaffen en kennis van te verwerven wordt

140 EHRM 15 januari 2013, *Eweida/The United Kingdom*, nr. 48420/10, *EHRC* 2013/67 m.nt. Gerards, r.o. 83; EHRM (GK) 27 juni 2000, *Cha'are Shalom Ve Tsedek/France*, nr. 27417/95, *AB* 2001/116 m.nt. Vermeulen, r.o. 82: 'But the Court takes the view that the right to freedom of religion guaranteed by Article 9 of the Convention cannot extend to the right to take part in person in the performance of ritual slaughter and the subsequent certification process, given that, as pointed out above, the applicant association and its members are not in practice deprived of the possibility of obtaining and eating meat considered by them to be more compatible with religious prescriptions.'.

141 EHRM (GK) 27 juni 2000, *Cha'are Shalom Ve Tsedek/France*, nr. 27417/95, *AB* 2001/116, m.nt. Vermeulen, r.o. 82.

142 D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates & C.M. Buckley (red.), *Harris, O'Boyle & Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights,* Oxford: Oxford University Press 2014, 2014, p. 615; HRC, General Comment No. 34 (art. 19), 12 september 2011, CCPR/C/GC/34, par. 11: 'Paragraph 2 requires States parties to guarantee the right to freedom of expression, including the right to seek, receive and impart information and ideas of all kinds regardless of frontiers.'

beperkt.[143] Mede omdat – blijkens Tweede Kamermotie-Dijkhoff/Oskam[144] – bij de overwogen gebiedsstrafbaarstelling eventueel in een uitzondering zou moeten worden voorzien voor journalisten die in het kader van nieuwsgaring naar een verboden terroristisch gebied gaan (een terroristische 'no go zone'), betrekken wij in het navolgende ook de vrijheid van meningsuiting van burgers die niet per se de formele/expliciete hoedanigheid van een journalist hebben. Het kan daarbij onder meer gaan om publicisten, bloggers en andere personen die zich zelfstandig of vanuit een organisatie serieus met meningsuiting en informatieverschaffing in het publieke debat bezighouden (substantiële 'civil expression') over onderwerpen waarmee ook het verboden gebied verband houdt. Daarbij valt ook te denken aan personen die voor niet-gouvernementele mensenrechtenorganisaties als Amnesty International en Human Rights Watch werk verrichten.

Voorop gesteld moet worden dat beginselen van een 'democratische samenleving', pluralisme, tolerantie en ruimdenkendheid, met zich brengen dat ook informatie en ideeën die de staat of een gedeelte van de bevolking 'offend, shock or disturb' door het recht op vrijheid van mening(suiting) worden beschermd.[145] Ook uitingen en informatieverschaffing aangaande terrorisme genieten in beginsel de garanties van art. 10 EVRM, tenzij deze aanzetten tot haat en/of geweld.[146] Zeer uiteenlopende gedragingen en uitingen vallen onder art. 10 EVRM, zoals uitingen van politieke, kunstzinnige en commerciële aard en/of vanuit de pers/media en 'civil society'.

Wat betreft de journalistiek is van belang dat vooral de pers als een 'public watchdog' geldt, die van vitaal belang is voor het democratische proces en de democratische interactie.[147] Niettemin vervult ook 'civil society' met 'civil expression' tot op zekere hoogte die rol, zoals reeds aan bod kwam in hoofdstuk 2.[148] Hierbij telt onder meer dat de pers niet alleen de plicht heeft om

---

143 Zie ook paragraaf 2.2.5 (Lex certa en componenten IV: strafbaarheidsuitzondering voor onder meer journalisten).

144 *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 000 IV, nr. 30 (Motie-Dijkhoff/Oskam); zie nader paragraaf 1.1 (Aanleiding en doelstelling van het onderzoek).

145 Zie o.a. EHRM 7 december 1976, *Handyside/The United Kingdom*, nr. 5493/72, r.o. 49; HRC, General Comment No. 34 (art. 19), 12 september 2011, CCPR/C/GC/34, par. 11.

146 Zie nader M. Aksu, Straatsburgse kaders voor terrorismebestrijding. EVRM, strafrecht en terrorisme (diss. Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 141-167 i.h.b. ook 165-167.

147 Zie uitgebreid D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates & C.M. Buckley (red.), *Harris, O'Boyle & Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights,* Oxford: Oxford University Press 2014, p. 640-641. Zie o.a. EHRM 26 november 1991, *Sunday Times/The United Kingdom*, nr. 13166/87.

148 Zie paragraaf 2.2.5 (Lex certa en componenten IV: strafbaarheidsuitzondering voor onder meer journalisten), met verwijzing naar o.a. EHRM 27 mei 2004, *Vides Aizsardzibas Klubs/Lettonie*, nr. 57829/00, r.o. 42.

informatie en ideeën op alle maatschappelijk relevante terreinen te verspreiden, de maatschappij heeft ook het recht deze informatie en ideeën te ontvangen.[149] De journalistieke vrijheid omvat daarbij tot op zekere hoogte ook het recht om de overdrijven en te provoceren.[150] Dit illustreert dat de 'margin of appreciation' voor nationale autoriteiten om het recht van vrijheid van meningsuiting te beperken nog beperkter is indien dat recht door een journalist wordt uitgeoefend in de vervulling van de maatschappelijke functie om informatie en ideeën van algemeen belang te dissemineren.[151] Dat kan dan ook gelden voor personen die zich met substantiële 'civil expression' bezighouden. Bij de beperktere 'margin of appreciation'speelt ook dat van onder meer strafbepalingen en toepasselijke straffen een 'chilling effect' op de vrijheid van meningsuiting kan uitgaan.[152] Dat wil wat betreft de overwogen gebiedsstrafbaarstelling zeggen dat deze journalisten en personen die aan substantiële 'civil expression' doen, zou kunnen afschrikken naar het gebied te gaan, omdat ze niet zeker weten of ze later strafrechtelijk worden aangepakt.

Ondertussen valt niet al het optreden van autoriteiten dat op de een of andere manier individuele meningsuiting raakt onder de reikwijdte van het recht in art. 10 EVRM. Volgens Harris, O'Boyle & Warbrick geldt dat '[w]here the impact on expression is collateral to the exercise by the state of its authority for other purposes, the Court has been reluctant to consider the matter as falling within Article 10'.[153] Uit de door hen genoemde jurisprudentie blijkt dat het om situaties gaat waarin de staat een maatregel neemt die op zichzelf niets met vrijheid van meningsuiting te maken heeft, terwijl met het bestaan van dat recht redelijkerwijs ook moeilijk rekening valt te houden bij het nemen van de maatregel. Een voorbeeld is het niet aannemen van een lid van een bepaalde politieke partij als ambtenaar omdat betrokkene niet aan de

149 B. Rainey, E. Wicks & C. Ovey, *Jacobs, White & Ovey. The European Convention on Human Rights,* Oxford: Oxford University Press 2014, p. 444.

150 Zie o.a. EHRM 30 maart 2004, *Radio France/France*, nr. 53984/00, r.o. 37.

151 B. Rainey, E. Wicks & C. Ovey, *Jacobs, White & Ovey. The European Convention on Human Rights,* Oxford: Oxford University Press 2014, p. 444.

152 Het Europees Hof weegt het potentiële 'chilling effect' mee bij de beoordeling van het noodzakelijkheidsvereiste, waarbij ook de op het delict bedreigde straf een rol kan spelen; zie bijv. EHRM (GK) 17 december 2004, *Cumpana and Mazare/Romania*, nr. 33348/96, r.o. 114-116. Zie ook de Joint dissenting opinion of Judges Sajó and Tsotsoria, par. 20, bij EHRM (GC) 16 juni 2015, *Delfi AS/Estonia*, nr. 64569/09, *EHRC* 2014/14 m.nt. Van der Sloot, waarin zij opmerken: 'Vaguely worded, ambiguous and therefore unforeseeable laws have a chilling effect on freedom of expression.'

153 D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates & C.M. Buckley (red.), *Harris, O'Boyle & Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights,* Oxford: Oxford University Press 2014, 2014, p. 616.

kwalificatie-eisen voor de functie voldoet.[154] Zou de vrijheid van meningsuiting in dit geval wel bescherming verlenen, dan zou die er toe kunnen leiden dat personen die zich daarop kunnen beroepen op functies moeten worden benoemd waarvoor zij niet geschikt zijn. Het is daarom niet redelijk het recht in zodanige situaties een rol te moeten laten spelen.

Wat betreft de overwogen strafbaarstelling ligt dit anders. Er is op zich zelf niet per se een dwingende reden om journalisten of andere zich met reden op de vrijheid van meningsuiting beroepende personen te verbieden om af te reizen of te verblijven op een door terroristen gecontroleerd grondgebied. Zodanige reden zal in beginsel ontbreken indien de journalist of de burger aldaar niet bijdraagt aan een terroristische organisatie noch aan anderszins materieel wederrechtelijk handelen en daartoe ook niet de intentie heeft. Bij de vraag of zodanig afreizen of verblijf aan hen moet worden verboden, leidt het dus niet per definitie tot onredelijke uitkomsten indien hun uitingsvrijheid wel in de afweging daarover wordt betrokken. Aldus is op die situatie art. 10 EVRM normaal van toepassing. De overwogen gebiedsstrafbaarstelling impliceert dan ook een inbreuk op het recht op vrijheid van meningsuiting voor zover deze een obstakel zou vormen voor een journalist die op of over het door de strafbaarstelling verboden grondgebied journalistieke werkzaamheden beoogt te verrichten.[155]

Voor niet-journalisten ligt het onzes inziens genuanceerder, zoals al besloten ligt in de hierboven gehanteerde clausulering van 'zich met reden op de vrijheid van meningsuiting beroepende personen'. Daartoe is allereerst relevant dat het niet kunnen afreizen naar of verblijven op een bepaald grondgebied, niet volkomen en mogelijk zelfs niet wezenlijk in de weg staat aan de vrijheid van meningsuiting en informatieverschaffing over dat gebied. Deze activiteiten worden als zodanig immers niet door de overwogen gebiedsstrafbaarstelling verboden, terwijl het voor individuen ook mogelijk is zich omtrent de toestand in het gebied te uiten zonder daar te verblijven of te hebben verbleven. Het zal dus moeten gaan om een situatie waarin het gebiedsverbod voor een individu een voldoende wezenlijke en concrete beperking van diens recht op meningsuiting en informatieverschaffing inhoudt. De maatstaf is hier of de maatregel – hier: het gebiedsverbod – in het concrete geval 'has the effect of preventing any effective exercise of freedom of expression or it can be said that the essence of the right has been de-

154 Zie in die zin EHRM 28 augustus 1986, *Glasenapp/Germany*, nr. 9228/80, r.o. 47-53. Dat kan bijvoorbeeld dus ook het geval zijn omdat de functie om bijvoorbeeld evenwichtige woordvoering namens de autoriteiten vraagt, terwijl betrokkene het innemen van eigen politieke standpunten nastreeft.

155 Zie wat betreft het recht op vrijheid van meningsuiting in art. 19 IVBPR o.a. HRC 29 maart 2005, *Marques de Morais/Angola*, Comm. 1128/2002, r.o. 6-8 en 6-9 (journalist van wie het paspoort wordt ingenomen ter voorkoming dan hij afreist naar het buitenland c.q. Zuid-Afrika.

stroyed'.[156] Onzes inziens is het plausibel dat hierbij soortgelijke benaderingen moet gelden als die het EHRM hanteert voor het recht op geloofsovertuiging c.q. religie en het recht op privé- en familieleven.

Naar analogie van de benadering bij het geloofsrecht geldt dan: of het mogelijk is voor de betrokkene om bepaalde stappen te nemen waarmee een beperking van het recht kan worden omzeild, kan relevant zijn bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een meningsuiting als zodanig.[157] Ook nu is het dan in het kader van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling aldus van belang vast te stellen waaruit de beoogde meningsuiting of informatieverschaffing precies bestaat: hoe intrinsieker deze verbonden is met het gebied onderworpen aan de strafbaarstelling, des te eerder zal de strafbaarstelling een inmenging vormen op art. 10 lid 1 EVRM. Onze inschatting is dat het EHRM daarbij ook zal vereisen dat de niet-journalist overtuigend onderbouwt dat het hem of haar echt om het recht om vrijheid van meningsuiting gaat, en dat dit dus niet slechts een gelegenheidsargument is om het gebiedsverbod te kunnen trotseren. Naar analogie van de benadering bij het recht op privé- en familieleven: de plannen omtrent of uitoefening van de meningsuiting rondom het verboden gebied zullen een zekere concreetheid dienen te hebben, in die zin dat het om meer dan volstrekt algemene en onbepaalde mogelijkheden dient te gaan. Zodanig onderbouwing zal moeilijker zijn naar mate betrokkene in het verleden een minder wezenlijke betrokkenheid had bij het uiten van meningen en verschaffen van informatie in het publieke debat. Andersom: indien het individu zich zelfstandig of vanuit een organisatie serieus met meningsuiting en informatieverschaffing in het publieke debat bezighoudt over onderwerpen die ook het verboden gebied raken ('civil expression'[158]), zal eerder moeten worden aangenomen dat de overwogen gebiedsstrafbaarstelling inbreuk maakt op art. 10 lid 1 EVRM.

3.3.4 Beperking van het recht op privé- en gezinsleven, vrijheid van geloofsovertuiging en vrijheid van meningsuiting

Beperkingen van het recht op privéleven, het recht op vrijheid van geloofsovertuiging c.q. religie en het recht op vrijheid van meningsuiting moeten steeds voldoen aan de drie voorwaarden uit het klassieke toetsingsschema (voorzien bij wet, legitiem doel en noodzakelijk). Wat betreft deze rechten komen deze voorwaarden tot uitdrukking in de tweede leden van respectie-

156 EHRM 6 mei 2003, *Appleby/The United Kingdom*, nr. 44306/98, r.o. 47.

157 Zie hiervoor paragraaf 3.3.2 (Vrijheid van religie (art. 9 EVRM en art. 18 IVBPR)). Zie voor zodanige benadering bij art. 10 EVRM (maar dan in relatie tot positieve verplichtingen) EHRM 6 mei 2003, *Appleby/The United Kingdom*, nr. 44306/98, r.o. 48.

158 Zie ook de jurisprudentie daarover genoemd in paragraaf 2.2.5 (Lex certa en componenten IV: strafbaarheidsuitzondering voor onder meer journalisten).

velijk art. 8, art. 9 en art. 10 EVRM. Het gaat hier om dezelfde voorwaarden als gelden voor beperking van het recht op bewegingsvrijheid in art. 2 Vierde Protocol EVRM en die in dat kader hiervoor dus al zijn besproken in paragraaf 3.2.1.[159] Teneinde herhaling te voorkomen zullen wij de strekking, reikwijdte en inhoud van deze voorwaarden hier dan ook niet opnieuw in algemene zin uiteenzetten, behalve waar die afwijkt van het hiervoor besprokene.[160]

Voorzien bij wet
Hiervoor geldt hetzelfde als hetgeen hiervoor aan de orde kwam in relatie tot het recht op bewegingsvrijheid in art. 2 Vierde Protocol EVRM. Dat betekent onder meer dat de in hoofdstuk 2 gesignaleerde legaliteitsproblemen rondom de overwogen gebiedsstrafbaarstelling, in beginsel evenzeer problematisch zijn vanuit het vereiste dat inbreuken op art. 8, art. 9 en art. 10 EVRM bij wet moeten zijn voorzien.

Legitiem doel
Wat betreft de opsomming van legitieme doelen die beperking van deze rechten kunnen dienen, laat de tekst van het Verdrag enkele verschillen zien. De gronden die in alle bepalingen voorkomen of daardoor worden afgedekt zijn de openbare veiligheid, de bescherming van openbare orde, gezondheid of de goede zeden en de bescherming van de rechten van anderen. Deze zijn overigens ook alle opgenomen in art. 2 lid 3 Vierde Protocol EVRM.

Opvallend is dat art. 9 lid 2 EVRM en art. 18 lid 3 IVBPR de grond van nationale veiligheid niet als legitiem doel erkennen om het geloofsrecht te beperken. Tegenwoordig zou deze omissie wellicht bevreemding kunnen oproepen.[161] Het EHRM merkt daarover op:

> 'Far from being an accidental omission, the non-inclusion of that particular ground [of national security, PHvK & MF] for limitations in Article 9 reflects the primordial importance of religious pluralism as 'one of the foundations of a 'democratic society' within the meaning of the Convention' and the fact

---

159 Zie onder: ii. (Voorwaarden voor beperking van het recht om het land te verlaten).

160 Zie daarover wat betreft het EVRM o.a. ook D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates & C.M. Buckley (red.), *Harris, O'Boyle & Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights,* Oxford: Oxford University Press 2014, p. 505-521; en wat betreft het IVBPR A. Conte & R. Burchill, *Defining Civil and Political Rights. The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee*, Farnham/Burlington: Ashgate 2009, p. 42-58.

161 B. Rainey, E. Wicks & C. Ovey, *Jacobs, White & Ovey. The European Convention on Human Rights,* Oxford: Oxford University Press 2014, p. 314.

that a State cannot dictate what a person believes or take coercive steps to make him change his beliefs […].’[162]

Dit onderstreept nog eens dat een beroep op de nationale veiligheid geen panacee is dat elke maatregel kan rechtvaardigen. Een beroep enkel en alleen op nationale veiligheid als rechtvaardiging voor inmenging in het recht op vrijheid van geloofsovertuiging kan strikt genomen geen legitimiteit onder het Verdrag vinden. Maar blijkens de toelichting in de Tweede Kamermotie-Dijkhoff/Oskam[163] strekt de overwogen gebiedsstrafbaarstelling niet alleen tot bescherming van de Nederlandse veiligheid, deze beoogt ook aansluiting van Nederlanders bij terroristische organisaties, deelname aan gewapende strijd en jihadisme tegen te gaan (en overigens ook het aanhouden, verhoren en vervolgen van elke teruggekeerde jihadreiziger mogelijk te maken[164]). Daarbij komt dat de meeste gronden door het Hof – zoals opgemerkt[165] – erg breed en tamelijk abstract worden uitgelegd en elkaar ook deels overlappen, terwijl de toetsing door het EHRM doorgaans marginaal is.[166] In gevallen waarin de staat echter andere dan de in de verdragsbepaling genoemde gronden opwerpt, toetst het Hof uitgebreider.[167] Maar gezien de andere voor

162 EHRM 12 februari 2009, *Nolan and K./Russia*, nr. 2512/04, *EHRC* 2009/43 m.nt. Woltjer, r.o. 73: ‘It follows that the interests of national security could not serve as a justification for the measures taken by the Russian authorities against the applicant.’ Zie ook HRC, General Comment No. 22 (48) (art. 18), CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, 27 september 1993, par. 8.

163 *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 000 IV, nr. 30 (Motie-Dijkhoff/Oskam); zie nader paragraaf 1.1 (Aanleiding en doelstelling van het onderzoek).

164 Die redengeving legt mogelijk minder gewicht in de schaal; zie paragraaf (3.2.1.ii), onder: Noodzakelijk in een democratische samenleving: beoordeling van proportionaliteit, subsidiariteit en effectiviteit (bij: Subsidiariteit/Noodzakelijkheid).

165 Zie paragraaf 3.2.1.ii, onder: Legitiem doel.

166 Zie ook o.a. EHRM 10 juli 1998, *Sidiropoulos/Greece*, nr. 26695/95, r.o. 37-39; EHRM (GK) 12 september 2012, *Nada/Switzerland*, nr. 10593/08, *NJ* 2014/244 m.nt. Alkema, r.o 173.

167 Zie bijv. EHRM (GK) 1 juli 2014, *S.A.S./France*, nr. 43835/11, EHRC 2014/208, m.nt. Van Sasse van Ysselt, r.o. 114 (inzake burka en nikab-verbod): ‘The Court’s practice is to be quite succinct when it verifies the existence of a legitimate aim within the meaning of the second paragraphs of Articles 8 to 11 of the Convention […]. However, in the present case, the substance of the objectives invoked in this connection by the Government, and strongly disputed by the applicant, call for an in-depth examination. The applicant took the view that the interference with the exercise of her freedom to manifest her religion and of her right to respect for her private life, as a result of the ban introduced by the Law of 11 October 2010, did not correspond to any of the aims listed in the second paragraphs of Articles 8 and 9. The Government argued, for their part, that the Law pursued two legitimate aims: public safety and ‘respect for the minimum set of values of an open and democratic society’. The Court observes that the second para-

→

de overwogen gebiedsstrafbaarstelling toepasselijke gronden – onder meer: openbare veiligheid en bescherming van rechten van anderen – vormt dit geen categorisch obstakel voor invoering en toepassing ervan.

In tegenstelling tot art. 9 bevat art. 10 EVRM juist het langste opsomming van de mogelijke doelen die een beperking van vrijheid van meningsuiting kunnen rechtvaardigen: nationale veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen. In elk geval zijn het tegengaan van aansluiting van Nederlanders bij terroristische organisaties, deelname aan gewapende strijd en jihadisme en het beschermen van de Nederlandse veiligheid goed onder deze gronden onder te brengen.

Noodzakelijk in een democratische samenleving

Het belangrijkst is de toetsing aan de voorwaarde dat de inbreuk – in casu is dat de overwogen gebiedsstrafbaarstelling – 'noodzakelijk in een democratische samenleving' dient te zijn. Dit betekent in elk geval dat de inbreuk evenredig, subsidiair en effectief dient te zijn, en dat daarbij een geïndividualiseerde toetsing zal moeten plaatsvinden.[168] Uiteindelijk wordt de evaluatie van die noodzakelijkheid mede bepaald door de 'margin of appreciation' die de Staten toekomt, waarbij de breedte van de beoordelingsmarge afhankelijk is van verschillende factoren zoals de aard van het recht in kwestie, het belang ervan voor het individu, en de aard en het doel van de inmenging.[169]

Met het oog daarop is de Zwitserse zaak *Nada* hier interessant. Daarin stelt klager dat de aan hem vanwege zijn vermelding op de VN-sanctielijst opgelegde maatregel, te weten het verbod om Zwitserland binnen te gaan en er door heen te reizen, een schending meebrengt van zijn recht op privéleven in de zin van art. 8 EVRM, met inbegrip van zijn professionele leven en zijn familieleven.[170] Nada woonde in de Italiaanse enclave Campione d'Italia, welke enclave is omgeven door het Zwitserse kanton Ticino en van de rest van Italië is gescheiden door het Meer van Lugano. Bij de toetsing aan het noodzakelijkheidsvereiste neemt het Hof vooral in beschouwing: 1. dat na onderzoek geen sprake was van een verdenking tegen de klager, maar dat de autoriteiten verzuimd hebben dit onverwijld aan de UN Sanctions Commit-

---

graphs of Articles 8 and 9 do not refer expressly to the second of those aims or to the three values mentioned by the Government in that connection.'

168 Zie uitgebreid paragraaf 3.2.1, onder ii (Voorwaarden voor beperking van het recht).

169 EHRM (GK) 4 december 2008, *S. and Marper/The United Kingdom*, nr. 30562/04, *NJCM-Bulletin* 2009-4, p. 391-406 m.nt. Van der Staak, r.o. 102.

170 EHRM (GK) 12 september 2012, *Nada/Switzerland*, nr. 10593/08, *NJ* 2014/244 m.nt. Alkema, r.o. 149.

tee door te geven; 2. dat de inmenging vergaand was omdat de klager niet enkel Zwitserland niet mocht inreisen maar door de specifieke omstandigheden niet in staat was de enclave (Campione d'Italia) überhaupt te verlaten en daarmee ook naar andere delen van de staat van zijn nationaliteit (Italië) te reizen; 3. dat gezien de financiële beperkingen van de klager niet kon worden verwacht dat hij uit de enclave zou verhuizen, waartoe ook telt dat het huisrecht bescherming vindt onder art. 8 EVRM; 4. dat deze zaak een niet te onderschatten medisch aspect heeft, waarmee de nationale autoriteiten onvoldoende rekening hebben gehouden in het licht van de specifieke omstandigheden van het geval: de unieke geografische ligging van Campione d'Italia, de behoorlijke duur van de maatregelen, of de nationaliteit, leeftijd en gezondheid van de klager.[171] Het Hof oordeelt de maatregel in casu niet noodzakelijk in een democratische samenleving en concludeert dat sprake is van een schending van art. 8 EVRM.

Hiermee laat de zaak *Nada* zien dat wanneer iemand onder een belemmering komt te vallen om naar het eigen of een ander land te gaan en dit een inbreuk veroorzaakt op diens recht op privéleven, het EHRM vrij streng aan het noodzakelijkheidsvereiste toetst, ook wanneer de maatregel strekt tot onder meer bescherming van de nationale veiligheid en het tegengaan van terrorisme.[172] Dit betekent bovendien dat de 'margin of appreciation' voor staten zelfs dan zeker niet onbeperkt is. De volgende vuistregels lijken ons relevant met het oog op de overwogen gebiedsstrafbaarstelling.

- Wanneer het gaat om bescherming van het legitieme doel van de nationale veiligheid geldt een wat ruimtere beoordelingsmarge voor de staat.[173]

171 EHRM (GK) 12 september 2012, *Nada/Switzerland*, nr. 10593/08, *NJ* 2014/244 m.nt. Alkema, r.o. 184-186.

172 Zie wat betreft het IVBPR bijv. HRC 19 juli 2013, *Mann Singh/France*, Comm. 1928/2010, waarin het ging om een klacht over de weigering van de Franse autoriteiten om het paspoort van klager te vernieuwen (hetgeen overigens ook raakt aan het recht om het land te verlaten uit art. 12 IVBPR, maar de klacht daarover was niet ontvankelijk omdat klager de nationale rechtsmiddelen daarover niet had uitgeput) doordat hij op de foto voor het nieuwe paspoort een tulband droeg, een uiting van zijn religieuze achtergrond (Sikh). Het Comité stelt vast dat sprake is van een inbreuk op het recht op geloofsovertuiging in art. 18 IVBPR, en oordeelt dat deze – met het oog op de openbare veiligheid en de orde gemaakte – inbreuk niet voldoet aan het proportionaliteitsvereiste en het subsidiariteitsvereiste. Overigens is interessant dat het Europees Hof in de beslissing EHRM 13 november 2008, *Mann Singh/France*, nr. 4479/07, die dezelfde klager en in feite dezelfde klacht betrof maar dan over een rijbewijsfoto, oordeelde dat geen sprake was van een schending van het recht op geloofsovertuiging. Dit illustreert dat het Comité doorgaans niet minder streng toets dan het EHRM.

173 EHRM 6 september 1978, *Klass/Germany*, nr. 5029/71.

- Indien een staat een adequate belangenafweging (zowel in abstracto bij de wetgeving als in concrete bij toepassing ervan) heeft gemaakt, zal het Hof eerder een bredere beoordelingsmarge aan de nationale autoriteiten laten.[174]
- De marge zal kleiner zijn indien de inbreuk op het recht ernstiger is of een fundamenteel facet van het bestaan of identiteit van een individu treft.[175]

Een en ander brengt ons tot de volgende conclusies. Of een beperking – in casu door de overwogen gebiedsstrafbaarstelling – jegens een individu van de rechten in art. 8 lid 1, art. 9 lid 1 en art. 10 lid 1 EVRM noodzakelijk in een democratische samenleving is, zal mede op grond van de feiten en omstandigheden van het concrete geval dienen te worden beoordeeld. Dit vereist dus een geïndividualiseerde toetsing. De 'margin of appreciation' voor de autoriteiten bij die toetsing zal in beginsel tamelijk ruim zijn voor zover de overwogen gebiedsstrafbaarstelling – daadwerkelijk effectief – bijdraagt aan het legitieme doel van bescherming van de nationale veiligheid. Die beleidsruimte kan zo ruim blijven indien al bij de opstelling van de strafbaarstelling adequate belangenafweging heeft plaatsgevonden. Gelet op de wijze waarop het EHRM toetst menen wij dat ingeval de strafbaarstelling zo wordt opgesteld dat ook allerlei niet materieel wederrechtelijk handelende personen binnen het bereik ervan vallen, vanuit het perspectief van het EVRM van een adequate belangenafweging geen sprake is. Aldus zal de beoordelingsmarge bij zodanige strafbaarstelling smaller zijn en zal het hof strenger toetsen of het effect ervan jegens een concreet individu in overeenstemming is met het EVRM.

Bij die toetsing zal relevant zijn dat – zoals wij hierboven reeds ten aanzien van art. 2 Vierde Protocol EVRM concludeerden[176] – de overwogen strafbaarstelling problematisch is vanwege het proportionaliteitsvereiste en het subsidiariteitsvereiste. Ook speelt het probleem dat de mogelijkheid van een geïndividualiseerde periodieke toetsing en een geïndividualiseerde rechterlijke toetsing van de toelaatbaarheid van de uitreisbeperking voor een individu dat daardoor in art. 8, art. 9 of art. 10 EVRM wordt geraakt, niet mogelijk is aangezien reeds de gelding van de strafbaarstelling (en dus niet pas de vervolging op grond ervan) dan een inbreuk op deze rechten veroorzaakt. Verder geldt ook nu dat de overwogen strafbaarstelling bezwaarlijk is vanuit het effectiviteitsvereiste voor zover het gebiedsverbod zich ook uitstrekt over

174 Zie o.a. EHRM 7 februari 2012, *Axel Springer AG/Germany*, nr. 39954/08, *EHRC* 2012/71 m.nt. De Lange en Gerards, r.o. 88.

175 Zie o.a. EHRM 25 maart 1985, *X and Y/The Netherlands*, nr. 8978/80; EHRM 22 oktober 1981, *Dudgeon/The United Kingdom*, nr. 7525/76.

176 Zie paragraaf 3.3.3 (Conclusie omtrent het recht om het land te verlaten).

personen die niet materieel wederrechtelijk handelen en daartoe ook niet de intentie hebben.

De in hoofdstuk 2 besproken bezwaren vanuit het daadstrafrechtbeginsel en wederrechtelijkheidsbeginsel, belemmeren aldus ook het vervullen van het proportionaliteitsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel. Ook nu dringt zich derhalve weer de vraag op of veel van deze bezwaren niet zijn te ondervangen door een systeem waarin personen uit de zojuist genoemde categorieën individueel toestemming kan worden verleend om naar een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied af te reizen. In dat kader staan wij in hoofdstuk 5 ook stil bij het systeem van uitreis- en verblijfsvisa.

3.4 Conclusie

Reeds de enkele gelding van de overwogen strafbaarstelling van 'het vrijwillig verblijf op door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' zal in elk geval inbreuk maken – dat is nog geen schending – op het recht om het land te verlaten (art. 2 lid 2 Vierde Protocol EVRM, art. 12 lid 2 IVBPR). Dat geldt althans jegens eenieder die binnen de reikwijdte van de Nederlandse strafwet valt en op een door de strafbaarstelling verboden gebied wenst te verblijven. Dit is sterker het geval naarmate de redenen voor zodanig verblijf zwaarwegender zijn. In meer bijzondere situaties kan er daarenboven jegens zodanige personen sprake zijn van inbreuken op onder meer het recht op privé- en familieleven (art. 8 EVRM, art. 17 IVBPR), het recht op vrijheid van geloofsovertuiging c.q. religie (art. 9 EVRM, art. 18 IVBPR) en/of het recht op vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM, art. 19 IVBPR). Indien op basis van de overwogen strafbaarstelling bovendien dwangmiddelen tegen een individu zouden worden toegepast of wanneer deze op grond daarvan zou worden vervolgd en bestraft, doet dit de zwaarte van de inbreuk verder toenemen.

Indien zich inbreuken op voormelde rechten voordoen zullen deze alleen kunnen zijn gerechtvaardigd indien zij voldoen aan de voorwaarden uit het klassieke toetsingsschema: voorzien bij wet, legitiem doel en noodzakelijk in een democratische samenleving. Wat betreft de laatste eis betekent dit dat de inbreuk die de strafbaarstelling veroorzaakt, proportioneel/evenredig, subsidiair en effectief zal dienen te zijn met het oog op het door de strafbaarstelling nagestreefde doel, te weten: 1. tegengaan aansluiting van Nederlanders bij terroristische organisaties, deelname aan gewapende strijd en jihadisme, 2. bescherming Nederlandse veiligheid, en 3. mogelijk maken van het aanhouden, verhoren en vervolgen van elke teruggekeerde jihadreiziger c.q. 'foreign terrorist fighter'. Bovendien zal in concrete gevallen waarin de strafbaarstelling een inbreuk op een of meer van deze rechten jegens een individu veroorzaakt – hetgeen reeds mogelijk is vanwege de enkele gelding van de strafbaarstelling en voorts wanneer deze wordt toegepast als grondslag voor

onder meer dwangmiddelen, vervolging en bestraffing – de maatregel niet zonder meer onbeperkt in duur kunnen zijn en bovendien onderhevig dienen te zijn aan periodieke toetsing en rechterlijke toetsing.

De toetsing in dit hoofdstuk van de overwogen strafbaarstelling maakt duidelijk dat deze vanuit al deze voorwaarden problematisch is of zelfs onhoudbaar. Veel van de beletselen hangen samen met de bezwaren die in hoofdstuk 2 naar voren kwamen vanuit het legaliteitsbeginsel, het daadstrafrechtbeginsel en het wederrechtelijkheidsbeginsel. De belangrijkste – maar zeker niet enige – oorzaak van deze beletselen is dat de overwogen strafbaarstelling zich ook uitstrekt over individuen die niet bijdragen aan een terroristische organisatie noch anderszins materieel wederrechtelijk handelen en daartoe ook niet de intentie hebben. Het kan daarbij – naast journalisten – gaan om bezoekers van familieleden, zakenlieden en ondernemers, eigenaren van onroerend goed of andere bezittingen ter plaatsen, personen die financiële belangen in het gebied hebben, personen die om juridische redenen in het gebied moeten zijn, personen die bona fide religieuze beweegredenen hebben om in of door het gebied te komen, politici, archeologen, wetenschappers, avonturiers, vakantiegangers, quasi journalisten, vertegenwoordigers van niet-gouvernementele mensenrechtenorganisaties, hulpverleners en bemiddelaars bij onder meer ontvoeringen of voor een wapenstilstand.[177]

Dit betekent ook dat aan bepaalde – dus niet alle – bezwaren tegemoet zou kunnen worden gekomen door onder meer opneming van een wederrechtelijkheidsbestanddeel in de strafbaarstelling, het bij de bepaling voorzien in een abstracte dan wel gespecificeerde bijzondere strafuitsluitingsgrond en/of vermelding van de verboden grondgebieden waarom het gaat op een lijst waarnaar de strafbaarstelling verwijst. Voorts zou kunnen worden gedacht aan het – als alternatief voor de strafbaarstelling – invoeren van een systeem waarin men voor vrijwillig verblijf op (bepaalde) door terroristische organisatie controleerde grondgebieden een door de Nederlandse staat uit te geven uitreis- of verblijfsvisum dient aan te vragen en vervolgens te verkrijgen, waarbij het niet voldoen aan deze verplichting als een strafbaar feit geldt. Overigens kleven aan al deze oplossingen nadelen, terwijl ze niet zonder meer alle mensenrechtelijke bezwaren volledig wegnemen, zodat dergelijke oplossingen niet reeds op voorhand per se wenselijk zijn. In hoofdstuk 5 komen wij daarom op verschillende van deze oplossingsvarianten terug.

177 Zie nader paragraaf 2.4.2 (Het wederrechtelijkheidsbeginsel en het ‘verblijven’ op terroristisch grondgebied).

4 Volkenrechtelijke parameters

Toetsing van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling aan beginselen van soevereiniteit en van Kompetenz-Kompetenz

4.1 Inleiding

Een bijzonder kenmerk van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling is dat deze zich niet op in Nederland begane gedragingen richt, maar het verblijven op een tot een andere staat behorend grondgebied verbiedt. Het is hier dus het grondgebied van een andere soevereine staat dat direct tot voorwerp van een Nederlandse strafbepaling wordt gemaakt. Daarbij geldt dat men het strafbaar feit ook alleen in het buitenland kan plegen. Nederland zou met invoering van de strafbepaling aldus op een bijzondere manier extraterritoriale rechtsmacht claimen. In dit hoofdstuk staat daarom het internationaal publiekrecht dat de relaties tussen staten normeert centraal. Het perspectief voor de nakomende bespreking is aldus ingestoken vanuit de staat als subject en normadressant van internationaal recht c.q. volkenrecht.

Meer in het bijzonder gaat het er dan om in hoeverre het volkenrecht toelaat dat Nederland zichzelf unilateraal bevoegdheid toekent om Nederlandse ingezetenen te straffen voor het verblijf op een territorium van een andere soevereine staat. Het doel is om tot een inventarisatie te komen van de mogelijke internationaalrechtelijke ruimte en de mogelijke beletselen die het internationaal publiekrecht kent voor de strafbaarstelling van 'vrijwillig verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied'. Daarbij besteden wij aandacht aan de beginselen van soevereiniteit, inclusief territoriale integriteit en non-interventie, mede in relatie tot volkenrechtelijke uitgangspunten over het vestigen van strafrechtelijke rechtsmacht voor strafbaarstellingen die het buitenland raken. Daarbij is er dan ook aandacht voor enkele vanuit de Verenigde Naties aan staten opgelegde verplichtingen inzake terrorismebestrijding rondom in het bijzonder het fenomeen van jihadisme en het door zogenoemde jihadgangers c.q. 'foreign terrorist fighters' afreizen naar en terugkeren uit door terroristische organisaties gecontroleerde territoria (terroristische 'no go zones').

Met het oog hierop biedt het navolgende een behandeling van de volgende met elkaar samenhangende deelvragen.

- Zou Nederland met invoering van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling onrechtmatig de soevereiniteit van een andere soevereine staat schenden?
- Vloeit uit het volkenrechtelijke rechtsmachtrecht een verbodsregel voort die het staten belemmert om het grondgebied van een andere soevereine staat tot direct onderwerp te maken van een strafbepaling?

- Welke betekenis komt er in deze discussie toe aan de internationale verplichtingen die Nederland heeft om de strafbaarheid te verzekeren van in het bijzonder jihadgangers c.q. 'foreign terrorist fighters' die afreizen naar en terugkeren uit door terroristische organisaties gecontroleerde territoria?

Het navolgende biedt aldus een uiteenzetting van volkenrechtelijke beginselen en uitgangspunten met het oog op de eventuele invoering van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling. Er volgt nu bijgevolg geen uitputtende behandeling van de stand van het internationaal recht of de internationaalrechtelijke samenwerking tussen staten en evenmin een diepgaande uiteenzetting van Nederlandse extraterritoriale strafmachtstoepassing.

4.2 Soevereine gelijkheid, territoriale integriteit en non-interventie

Belangrijke waarborgen voor de soevereiniteit van staten zijn de erkenning van de territoriale integriteit en de politieke onafhankelijkheid van een staat alsmede het beginsel van non-interventie.[1] Hierna komt met het oog op de overwogen gebiedsstrafbaarstelling eerst de soevereine gelijkheid van staten aan de orde en vervolgens de daaraan ondersteunende beginselen van territoriale integriteit en non-interventie.

4.2.1 Uitgangspunt van internationaal publiekrecht: staten zijn gelijk in soevereiniteit

Soevereiniteit van staten is een constitutioneel volkenrechtelijk uitgangspunt dat de interstatelijke dynamiek reguleert door de staten als gelijke en onafhankelijke rechtssubjecten te positioneren.[2] Volgens algemeen gebruik geeft de term uitdrukking aan de capaciteit van staten om zowel exclusieve bevoegdheid over een eigen grondgebied uit te oefenen, alsook om op het internationaal niveau representatief op te treden voor het territorium en de bevolking van de staat (interne en externe soevereiniteit).[3] Tevens impliceert

1 Zie art. 2 VN Handvest.

2 Zie onder meer J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law,* Oxford: Oxford University Press 2012, p. 447, met verwijzing naar ICJ Advisory Opinion 11 april 1949, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United* Nations, ICJ Reports 1949, p. 177-178; H. Steinberger, 'Sovereignty', in: R. Bernhardt (red.), *Encyclopedia of Public International Law,* Vol. IV, Amsterdam: Elsevier 2000, p. 511; A. Nollkaemper, *Kern van het internationaal publiekrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2014, p. 59-60.

3 J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law,* Oxford: Oxford University Press 2012, p. 448-449; Permanent Hof van Arbitrage, Award of the Tribunal of 4 April →

de term gelijkheid tussen staten: *'par in parem non habet imperium'*, welke gelijkheid in de praktijk formeel van aard is.[4] In de beroemde *Lotus*-zaak omschreef het Permanent Hof van Internationale Justitie (PHIJ/PCIJ) de relatie tussen staten als volgt:

> 'International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims. Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed.'[5]

Internationaalrechtelijke verplichtingen doen in zoverre dus niet af aan de soevereiniteit van staten. Hier belangrijker is echter dat het recht van andere staten die soevereiniteit wel kan ondermijnen of verminderen. Dit wordt duidelijk in de volgende door Steinberger geformuleerde definitie van soevereiniteit:

> 'Sovereignty in the sense of contemporary international law denotes the basic international legal status of a State that is *not subject, within its territorial jurisdiction,* to the governmental, executive, *legislative*, or judicial *jurisdiction of a foreign State or to foreign law* other than public international law.'[6/7]

1928, *The Island of Palmas(or Miangas) Case (United States/The Netherlands),* Reports of International Arbitral Awards Vol. II (1949), p. 338: 'Sovereignty in the relations between States signifies independence. Independence in regard to a portion of the globe is the right to exercise therein, to the exclusion of any other State, the functions of a State. The development of the national organisation of States during the last few centuries and, as a corollary, the development of international law, have established this principle of the exclusive competence of the State in regard to its own territory in such a way as to make it the point of departure in settling most questions that concern international relations.'

4 Het beginsel van soevereine gelijkheid tussen staten is neergelegd in art. 2 lid 1 van het Handvest van de Verenigde Naties; zie bijv. ook art. 4 van de Montevideo Convention on the Rights and Duties of States van 1933: 'States are juridically equal, enjoy the same rights, and have equal capacity in their exercise. The rights of each one do not depend upon the power which it possesses to assure its exercise, but upon the simple fact of its existence as a person under international law.' Zie nader J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law,* Oxford: Oxford University Press 2012, p. 447-449; P.H. Kooijmans, *The Doctrine of Legal Equality of States: An Inquiry into the Foundation of International law,* Leiden: Sijthoff 1964.

5 PCIJ 7 september 1927, *The case of the SS. Lotus (France/Turkey)*, PCIJ reports, Series A, No. 10, p. 18-19.

6 H. Steinberger, 'Sovereignty', in: R. Bernhardt (red.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV, Amsterdam: Elsevier 2000, p. 511; zie volmondig instemmend Masahiro →

Met de aan staten toekomende soevereiniteit hangen drie fundamentele beginselen samen: 1. de in beginsel *exclusieve jurisdictie* over het grondgebied van de staat en de permanente bevolking daarop; 2. een plicht van *non-interventie* in de aangelegenheden gelegen binnen de exclusieve rechtsmacht van andere staten;[8] en 3. de *instemming van staten* vormt uiteindelijk de grondslag van alle gewoonterechtelijke en verdragsrechtelijke verplichtingen.[9] Deze fundamenten van soevereine gelijkheid van staten nemen wij als vertrekpunt voor de navolgende uiteenzetting.

Voor de bevoegdheid van een staat om strafwetten te maken en deze op het eigen territorium te handhaven, is van belang dat het vaststellen van strafbepalingen in beginsel binnen de reikwijdte van de soevereine macht valt. Vanuit dit perspectief valt soevereine machtsuitoefening te kenmerken als een discretionaire bevoegdheid die staten binnen de grenzen van het internationaal recht kunnen gebruiken.[10] Aldus is de grondslag van de bevoegdheid tevens de begrenzing ervan: iedere staat ontleent die bevoegdheid aan staatssoevereiniteit en het is de staatssoevereiniteit van iedere staat die de bevoegdheid van elke andere staat begrenst. De bevoegdheid tot machtuitoefening is niet onbeperkt en kan dat ook niet zijn nu staten vreedzaam samen moeten kunnen bestaan. Vanuit dit perspectief wordt het internationaal recht opgevat in termen van co-existentie en het voorkomen van soevereiniteitsconflicten.[11] Staten hebben ook zo bezien de plicht deze ook zoveel mogelijk te voorkomen. In zoverre ligt de beperking van de soevereine macht van staten dus reeds in dit uitgangspunt besloten: staten zijn gelijk en die gelijkheid veronderstelt dat staten hun soevereine macht ten opzichte van elkaar moeten respecteren. Overigens zegt deze juridische verdeling van macht niets over de feitelijk machtsverhouding tussen staten. Deze wordt in de statenpraktijk immers ook door onder meer politieke, economische en

Miyoshi, 'Sovereignty and International Law' (paper Durham University) 2009, p. 7-8 (www.dur.ac.uk/resources/ibru/conferences/sos/masahiro_miyoshi_paper.pdf) (laatst bezocht: 1 juli 2015).

7 Onze cursiveringen, PHvK & MF.

8 Dit wordt ook wel het non-collisiebeginsel genoemd, wat inhoudt: 1. dat staten ervan afzien in te grijpen in elkaars rechtssferen, en 2. dat staten proberen hun eigen soevereine rechtssferen zo in te richten dat ze niet met elkaar conflicteren; zie G.A.M. Strijards, *Hoofdstukken van Internationaal Strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 89.

9 J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 447: '(a) a jurisdiction, *prima facie* exclusive, over a territory and the permanent population living there; (b) a duty of non-intervention in the area of exclusive jurisdiction of other states; and (c) the ultimate dependence upon consent of obligations arising whether from customary law or from treaties'.

10 Idem, p. 447-448.

11 Idem, p. 447.

fysieke factoren bepaald: sommige staten zijn in de praktijk nu eenmaal 'meer gelijk dan anderen'.[12]

Wat betreft de overwogen gebiedsstrafbaarstelling rijst gelet op het bovenstaande nadrukkelijk de vraag of Nederland hiermee een inbreuk op de soevereiniteit en territoriale onafhankelijkheid van soevereine staten maakt op wier grondgebieden de strafbaarstelling betrekking heeft. Meer specifiek gaat het uiteindelijk erom of het internationaal recht een voorschrift, beginsel of uitgangspunt bevat dat staten verbiedt het grondgebied van een andere soevereine staat direct voorwerp te maken van een strafbepaling. Relevant voor de discussie daarover zijn de uitgangspunten inzake strafrechtelijke extraterritoriale prescriptieve jurisdictie, dat wil zeggen: de rechtsmacht om buiten het eigen territorium strafrechtelijke voorschriften c.q. wetgeving te doen gelden oftewel de bevoegdheid van de staat om door het strafrecht gedragingen van personen buiten het eigen territorium te reguleren. Maar alvorens deze nader aan de orde te stellen – in paragraaf 4.3 – verdienen de andere fundamenten van soevereine gelijkheid van staten nog aandacht.

Het is moeilijk in abstracto aan te geven wanneer precies vestiging van extraterritoriale strafrechtelijke rechtsmacht de soevereiniteit van andere staten onrechtmatig aantast. Een belangrijke kwestie bij de vaststelling of zodanige aantasting zich voordoet is of het misdrijf waarop de rechtsmachtvestiging betrekking heeft een probleem betreft van interne aard, externe aard of beide. Maar ook dit is geen maatstaf waarvan de toepassing gemakkelijk tot eenduidige antwoorden leidt.

Ingeval een terroristische organisatie een grondgebied bezet, zal in elk geval de staat waar dit gebeurt dit beschouwen als een aangelegenheid die binnen haar soevereiniteit valt, ongeacht of die staat de bezetting toelaat, bestrijdt of onvoldoende politieke en/of militaire macht heeft om dat laatste te doen. Vanuit die staat bezien zou de overwogen Nederlandse strafbaarstelling dan ook gemakkelijk als een inmenging in haar soevereiniteit en exclusieve jurisdictie kunnen worden gezien. Daarbij telt ook dat die strafbaarstelling de situatie op het territorium van die staat daadwerkelijk kan beïnvloeden. Dat geldt het sterkst ingeval van een gebiedsstrafbaarstelling die algemeen geldt voor eenieder waarop de Nederlandse strafwet van toepassing is en die dus ook van toepassing is op (alle of categorieën van) personen die geen terroristische bedoelingen of betrokkenheid hebben. Zodanige strafbaarstelling zal immers tot gevolg hebben dat ook allerlei personen bij de komst van wie die staat belang kan hebben, zelfs strafbaar zijn wanneer zij

12 Idem, p. 449, uiteraard met verwijzing (in voetnoot 11) naar het beroemde werk van George Orwell, *Animal Farm*, 1945. Ook J. Donnelly, 'Sovereign Inequalities and Hierarchy in Anarchy: American Power and International Society', *European Journal of International Relations* 2006, vol. 12, p. 139-170.

op het territorium van de staat verblijven of daartoe voorbereidingen treffen of een poging doen. Personen waar het hier naast journalisten om kan gaan, zijn onder meer bezoekers van familieleden, zakenlieden en ondernemers, eigenaren van onroerend goed of andere bezittingen ter plaatsen, personen die financiële belangen in het gebied hebben, personen die om juridische redenen in het gebied moeten zijn, personen die bona fide religieuze beweegredenen hebben om in of door het gebied te komen, politici, archeologen, wetenschappers, avonturiers, vakantiegangers, quasi-journalisten, vertegenwoordigers van niet-gouvernementele mensenrechtenorganisaties, hulpverleners en bemiddelaars bij onder meer ontvoeringen of voor een wapenstilstand. De inmengende werking van de gebiedsstrafbaarstelling zal hierbij in beginsel nog sterker zijn indien de personen die onder de strafbaarstelling vallen – bijvoorbeeld Nederlanders of Nederlands ingezetenen – ook de nationaliteit van de staat hebben waarin het terroristisch grondgebied ligt. Daarnaast is wat betreft de inmengingsvraag relevant dat de overwogen gebiedsstrafbaarstelling zich in rechtstreeks opzicht zelfs exclusief op beïnvloeding van een buitenlandse situatie richt, in die zin dat de strafbaarstelling zich juist niet direct richt op het tegengaan van gedragingen op Nederlands territorium. Er is zelfs geen sprake van uitdrukkelijke gerichtheid op gedragingen die rechtstreeks krenkend of gevaarzettend zijn voor Nederland, aangezien de overwogen strafbaarstelling het enkele 'vrijwillige verblijf' tot delict maakt.

Indirect richt de bepaling zich echter wel op beïnvloeding van de situatie in Nederland. De strafbaarstelling zal immers terrorisme en andere wederrechtelijke gedragingen op Nederlands grondgebied voorkomen indien deze werkt zoals verondersteld; in elk geval is dat mede de ratio ervan. Bovendien strekt de strafbaarstelling ertoe te voorkomen dat Nederlanders tot terroristen verworden. Daarmee is er een zeker interne-rechtsordebelang voor Nederland. Dat verband tussen het buitenlandse terroristische territorium en de Nederlandse interne rechtsorde kan wellicht nog verder worden gelegd indien Nederland in een (gewapende) strijd verkeert met de terroristische organisatie die het desbetreffende buitenlandse territorium bezet. Verdedigbaar is daarom wellicht dat de overwogen strafbepaling zich in feite niet primair op een buitenlands territorium richt, maar op Nederlanders en op bescherming van Nederland tegen terrorisme en ander materieel wederrechtelijk gedrag. Deze zienswijze sluit echter beduidend beter aan bij de ratio van de overwogen strafbaarstelling dan bij de tekstuele formulering en invalshoek ervan. Dit roept de vraag op of niet een benadering mogelijk is waarmee de ratio van de overwogen strafbaarstelling evenzeer valt te verwezenlijken, maar zonder dat zo nadrukkelijk wordt geraakt aan hetgeen tot de kern van de soevereiniteit van andere staten behoort, te weten: hun territori-

um.[13] Ook daarom zetten wij de overwogen gebiedsstrafbaarstelling in hoofdstuk 5 af tegen een systeem van uitreis- en verblijfsvisa.

Ondertussen betekenen die hiervoor geconstateerde spanningen tussen de volkenrechtelijke uitgangspunten en de overwogen strafbaarstelling niet dat invoering van deze strafbaarstelling daadwerkelijk tot een schending van het soevereiniteitsbeginsel zou leiden. Ten eerste gaat het hier namelijk veeleer om flexibele uitgangspunten dan om harde en duidelijke regels. Dit betekent dat in bepaalde gevallen de ene staat legitiem kan menen dat een andere staat door strafwetgeving inbreuk maakt op haar soevereiniteit, terwijl die andere staat vanwege eigen soevereine belangen kan menen tot invoering van die wetgeving volkenrechtelijk gerechtigd te zijn.[14] Ten tweede is dat het geval omdat daarvoor ook het internationaalrechtelijke rechtsmachtrecht relevant is dat hieronder uitgebreider aan bod komt.

4.2.2 Gevolg van soevereine gelijkheid: territoriale integriteit en non-interventie

Voortvloeiend uit de soevereine gelijkheid van staten en ter waarborging van hun territoriale integriteit en politieke onafhankelijkheid, verbiedt het beginsel van non-interventie staten om zich met de interne aangelegenheden van een andere staat te bemoeien.[15] De Algemene Vergadering van de Verenigde Naties beschouwt het beginsel van non-interventie niet alleen als een verbod op gebruik van geweld en bedreiging ermee maar ook als volgt:

> 'No State or group of States has the right to intervene, directly or indirectly, for any reason whatever, in the internal or external affairs of any other State. Consequently, armed intervention and all other forms of interference or attempted threats against the personality of the State or against its political, economic and cultural elements, are in violation of international law.

---

13 Zie ook paragraaf 2.2.2.

14 Vgl. G. R. Watson, 'Offenders Abroad: The Case for Nationality-Based Criminal Jurisdiction', *Yale Journal of International Law* 1992, vol. 17, p. 69: 'As a political matter, some foreign states might resent any expansion of U.S. jurisdiction. While conceding that the United States has concurrent jurisdiction over its own nationals, a state might nonetheless resent the implication that its administration of justice is insufficient.'

15 Art. 2(4) VN Handvest. Zie voorts 'Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United States, General Assembly resolution 2625 (XXV) 1970', *U.N. Doc*. A/8082, *American Journal of International Law* 1971, vol. 65, p. 243: Principle III: 'The principle concerning the duty not to intervene in matters within the domestic jurisdiction of any State, in accordance with the Charter'. Zie verder M. Jamnejad & M. Wood, 'The Principle of Non-intervention', *Leiden Journal of International Law* 2009, vol. 22, p. 345-381; V. Lowe, 'The Principle of Non-intervention: Use of Force', in: V. Lowe & C. Warbrick (red.), *The United Nations and the Principles of International Law: Essays in memory of Michael Akehurst*, London: Routledge 1994 p. 66-84.

> No State may use or encourage the use of economic political or any other type of measures to *coerce* another State in order to obtain from it the subordination of the exercise of its sovereign rights and to secure from it advantages of any kind. Also, no State shall organize, assist, foment, finance, incite or tolerate subversive, terrorist or armed activities directed towards the violent overthrow of the regime of another State, or interfere in civil strife in another State. [...] Every State has an inalienable right to choose its political, economic, social and cultural systems, without interference in any form by another State.'[16]

Dit uitgangspunt vindt bevestiging in de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof (IGH/ICJ) in de *Nicaragua*-zaak:[17]

> 'The principle of non-intervention involves the right of every sovereign State to conduct its affairs without outside interference; though examples of trespass against this principle are not infrequent, the Court considers that it is part and parcel of customary international law.'

> '[T]he principle forbids all States or groups of States to intervene directly or indirectly in internal or external affairs of other States. A prohibited intervention must accordingly be one bearing on matters in which each State is permitted, by the principle of State sovereignty to decide freely. One of these is the choice of a political, economic, social and cultural system, and the formulation of foreign policy. Intervention is wrongful when it uses methods of coercion in regard to such choices, which must remain free ones. The element of coercion, which defines, and indeed forms the very essence of, prohibited intervention, is particularly obvious in the case of an intervention which uses force, either in the direct form of military action, or in the indirect form of support for subversive or terrorist armed activities within another State.'

Duidelijk is dat het gebruik van geweld of bedreiging ermee, indien dit niet in overeenstemming met het VN Handvest plaatsvindt, in beginsel een schending van het beginsel van non-interventie oplevert. Niet alle inmenging in interne staatsaangelegenheden van andere staten kwalificeert echter ook

16 Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United States, General Assembly resolution 2625 (XXV), 1970, *U.N. Doc.* A/8082, *American Journal of International Law* 1971, vol. 65, p. 243 (principle III: 'The principle concerning the duty not to intervene in matters within the domestic jurisdiction of any State, in accordance with the Charter'). UN General Assembly Res 2131 (1965), Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of their Independence and Sovereignty, 9 december 1981, *U.N. doc*. A/RES/36/103. Onze cursivering, PHvK & MF.

17 ICJ 27 June 1986, *Case concerning the military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua/United States of America)*, ICJ Reports vol. 14 (1986), r.o. 202 resp. 205.

als een interventie. Daarvoor moet de inmenging een element van dwang ('*coerse*') bevatten, welk gebruik van dwang tot doel heeft de staat te bewegen om (politiek) iets te doen of juist na te laten.[18] Ondertussen is hiermee ook duidelijk dat het verbod op interventie ruimer is dan het verbod op gebruik van geweld. Zo is het bieden van financiële en logistieke steun aan opstandelingen met het doel om politieke veranderingen te bewerkstelligen een vorm van ongeoorloofde interventie.[19]

Er zijn tal van definitie- en toepassingsproblemen bij dit dwangcriterium voorstelbaar: over de reikwijdte van de exclusieve staatsaangelegenheden die door het soevereiniteitsbeginsel worden beschermd, alsmede over de specifieke kwalificatie van maatregelen als vallende binnen het 'dwang' criterium kan worden getwist.[20] Kan bijvoorbeeld een enkele strafbepaling van een andere staat onder omstandigheden als dwang gelden? Ondenkbaar is dat niet. Wanneer een strafbepaling zou zijn gericht op het tegenwerken of zelfs omverwerpen van het soevereine gezag in een ander land zou dit waarschijnlijk als onrechtmatige interne inmenging gelden, in het bijzonder indien van de strafbepalingen ook daadwerkelijk wezenlijke invloed zou uitgaan.[21] Wat betreft de overwogen gebiedsstrafbaarstelling telt dat die echter veeleer is gericht tegen de terroristische organisatie dan tegen de staat waar die organisatie een territorium bezet. Hoewel de staat niettemin wel degelijk door de strafbepaling kan worden geraakt zoals hiervoor al bleek,[22] lijkt ons hierbij in

18 R.Y. Jennings & A.D. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9the ed., vol. 1, Harlow: Longman 1992, p. 432.

19 A. Nollkaemper, *Kern van het internationaal publiekrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2014, p. 242; ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo* (*Democratic Republic of the Congo v. Uganda*), Judgment, ICJ Reports 2005, par. 163.

20 P. Kunig, 'Intervention, Prohibition of', in: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press 2008, par. 2.

21 Vgl. N.D. White, *The Cuban Embargo under International Law*, New York: Routledge 2015, p. 140: 'Furthermore, the direct linkage of the sanctions regime [het gaat daarbij om o.a. economische sancties tegen Cuba, PHvK&MF] to the removal of the Castro government in Cuba represents a clear violation of the principle of non-intervention in international law, since they are directed at the political independence of a sovereign state.' Gerber gaat verder en stelt voor het beginsel van *non-interference* in het concept van (presciptieve) strafrechtsmacht te incorporeren: 'When a state attaches consequences to conduct in another state, it exercises control over that conduct, and when such control affects essential interests in the foreign state, it may constitute an interference with the sovereign rights of that foreign state. […] This concept [of non-interference] provides that a state is not entitled under international law to assert extraterritorial jurisdiction when such assertion would interfere with legally protected interests of another state'; zie D.J. Gerber, 'Beyond Balancing: International Law Restraints on the Reach of National Laws', *Yale Journal of International Law* 1984, vol. 10, p. 212.

22 Zie paragraaf 4.2.1 (Uitgangspunt van internationaal publiekrecht: staten zijn gelijk in soevereiniteit).

beginsel toch geen sprake van onrechtmatige dwang vanuit die gebiedsstrafbaarstelling jegens de soevereine. Helemaal duidelijk is dat echter niet. En in elk geval is wel helder dat zich een spanning voordoet. Voornoemde en andere onduidelijkheden brengen met zich dat het beginsel van non-interventie erg vaag en moeilijk te operationaliseren is. Daar komt bij dat steeds verregaandere internationale samenwerking tussen staten tot gevolg heeft dat steeds meer terreinen die de exclusieve soevereiniteit van staten betreffen onderwerp van internationale regulering zijn. Wat tegenwoordig nog binnen de reikwijdte van de exclusieve interne staatsaangelegenheden valt is lastig te bepalen.

Dat neemt niet weg dat wat betreft de strafrechtelijke dimensie, welke onlosmakelijk verbonden is met de waarden en normen en de morele uitgangspunten van een bepaalde maatschappij op een bepaald moment, staten maar met moeite de inmenging van internationaal recht daarop lijken toe te laten. Strafrecht valt traditioneel binnen de meest intieme sfeer van de nationale rechtsorde. Alleen wat betreft specifieke onderwerpen willen de staten strafrechtelijke bevoegdheden delen met of overlaten aan gemeenschappen van staten, wat duidelijk wordt op het moment men naar de ontwikkelingen van het internationaal strafrecht *stricto sensu* en van de strafrechtelijke samenwerking tussen staten kijkt. Maar omdat staten dit vrijwillig doen geldt dat niet als een inbreuk op hun soevereiniteit.[23] Het zal duidelijk zijn dat bespreking van beide ontwikkelingen buiten het bestek van dit onderzoek valt. Voor onze doeleinden is het van belang vast te stellen aan welke internationaalrechtelijke grenzen de nationale strafmacht is gebonden. Hiermee komen wij – na de nu volgende deelconclusie – bij de bespreking van het rechtsmachtbeginsel, een fundamenteel aspect van soevereine macht van staten.

4.2.3 Conclusie: beginselen van soevereiniteit en de overwogen gebiedsstrafbaarstelling

Op zichzelf zal de vestiging van extraterritoriale prescriptieve jurisdictie (het doen gelden van strafrechtelijke voorschriften buiten het eigen territorium) aldus nog geen schending van het beginsel van non-interventie met zich brengen.[24] Evenmin zal het onmiddellijk in strijd komen met het meer algemene beginsel van soevereine gelijkheid van staten. Dat betekent niet dat zodanige jurisdictieuitoefening onomstreden zal zijn. Wel degelijk zal er dan ook een afweging van legitieme belangen moeten plaatsvinden tussen de

23 Zie paragraaf 4.2.1 (Uitgangspunt van internationaal publiekrecht: staten zijn gelijk in soevereiniteit).

24 C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 155 (verwijzing weggelaten).

jurisdictie vestigende staat en de staat wiens belangen door de jurisdictieclaim worden aangetast.[25] Voor die belangafweging zijn overigens zeker niet alleen puur nationale factoren relevant. Van gewicht daartoe is zeker ook dat de eigen soevereiniteit voor elke staat een zeer gevoelig onderwerp is. Bovendien: 'Between independent States, respect for territorial sovereignty is an essential foundation of international relations', aldus het Internationaal Gerechtshof.[26] Daarom zal een staat die op bijzondere wijze extraterritoriale jurisdictie claimt, zoals bij invoering van de overwogen strafbaarstelling zou gebeuren, zeker ook opvattingen moeten ontwikkelen over hoe staten zich internationaal met elkaar dienen te verhouden en over de wijze waarop het volkenrecht en de relaties tussen staten zich wel of juist niet zouden moeten ontwikkelen. Daarbij telt dan ook dat wanneer een staat op bepaalde wijze extraterritoriale prescriptieve jurisdictie vestigt, dit kan betekenen dat die staat zal moeten accepteren dat vervolgens ook andere staten dit zullen doen ten opzichte van die staat. Deze belangenafweging is in belangrijke mate ondertussen meer politiek dan juridisch van aard. Deze is bovendien, volgens de huidige stand van internationaalrechtelijke verhoudingen, in eerste instantie voorbehouden aan de jurisdictie claimende staat. Die staat zal – nu de rechtsmachtclaim niet evident voortvloeit uit en beperkt is tot de eigen soevereiniteit – vanwege de soevereiniteit van de andere staat een adequate rechtvaardiging voor de rechtsmachtvestiging dienen aan te voeren.[27] Wat betreft de overwogen gebiedsstrafbaarstelling is dat dus aan Nederland. In zoverre rust er hier volkenrechtelijk een grote verantwoordelijkheid op de wetgever indien die tot invoering van de strafbaarstelling zou overgaan.

4.3 De macht tot strafmacht: 'Kompetenz-Kompetenz'

Door strafbaarstelling van 'vrijwillig verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' zou Nederland haar strafwetgeving doen uitstrekken over gedragingen op buitenlands grondgebied. Aldus zijn daarvoor naast beginselen van soevereiniteit ook beginselen van rechtsmachtvestiging van belang oftewel het leerstuk van Kompetenz-Kompetenz.

25 Zie voor een bespreking van 'reasonable jurisdiction' under international law idem, Chapter 5.

26 ICJ 9 april 1949, *Corfu Channel (United Kingdom/Albania)*, ICJ Reports 1949, p. 35.

27 Zie ook A.H. Klip & A.-S. Massa, *Communicerende grondslagen van extraterritoriale rechtsmacht*, Maastricht/Den Haag: Universiteit Maastricht / WODC 2010, p. 117, 128.

4.3.1 Het leerstuk: algemeen

De vraag naar de reikwijdte van de Nederlandse strafrechtsmacht, met het oog op de overwogen gebiedsstrafbaarstelling, gaat in de kern over het leerstuk van de Kompetenz-Kompetenz. Dit leerstuk gaat over de vraag naar de praelabele competentie tot het vestigen van strafmacht. Als primaire subjecten van het internationaal publiekrecht hebben staten reeds van rechtswege de bevoegdheid eigen strafrechtsmacht te vestigen. Maar hoe ver reikt deze bevoegdheid en wie bepaalt dat? Dit is de kern van dit leerstuk. Drie opvattingen over Kompetenz-Kompetenz kunnen worden onderscheiden:[28]

1. Absolute unilaterale vrijheid: iedere staat 'is *vrijelijk* bevoegd *iedere* strafrechtsaanspraak naar eigen inzicht en behoefte geldend te maken' (de immanentietheorie en de attributietheorie).[29]
2. Relatieve vrijheid: de Kompetenz-Kompetenz is vrij voor zover het volkenrecht geen verbodsnormen bevat (dus vrijheid, tenzij).[30]
3. Afhankelijke vrijheid: de Kompetenz-Kompetenz is afhankelijk van de volkenrechtelijke machtiging tot het vestigen van rechtsmacht (dus geen vrijheid, tenzij of vrijheid mits).[31]

De Nederlandse benadering heeft 'van alles wat' wat betreft deze drie uitgangspunten.[32] Dat wil niet zeggen dat er thans volkenrechtelijk nog zonder meer ruimte is voor alle drie de benaderingen. Een absoluut vrije invulling van de Kompetenz-Kompetenz betekent dat het voor een staat mogelijk zal zijn 'om via verderreikende strafmachtsaanspraken (dan de "normale") zijn strafwetten toepasselijk te verklaren op ongebreidelde reeksen delicten, die begaan zijn op het territoir van een andere eenheid [staat], ongeacht of die derde-eenheid zulks nu ervaart als een inbreuk op haar interne soevereini-

28 G.A.M. Strijards, *Internationaal strafrecht, strafrechtsmacht. Algemeen deel,* Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 125; R. van Elst & A.M.M. Orie, 'Strafmachtrecht', in: E. van Sliedregt, J.M. Sjöcrona & A.M.M. Orie, *Handboek Internationaal Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 35-36. Zie echter A.H. Klip & A.-S. Massa, *Communicerende grondslagen van extraterritoriale rechtsmacht*, Maastricht/Den Haag: Universiteit Maastricht / WODC 2010, p. 106, die alleen de laatste twee opvatting noemen.

29 Zie nader G.A.M. Strijards, *Internationaal strafrecht, strafrechtsmacht. Algemeen deel,* Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 126-142.

30 Zie nader idem, p.142-152.

31 Zie nader idem, p.152-158.

32 G.A.M. Strijards, *Hoofdstukken van Internationaal Strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 183. Vgl. A.H. Klip & A.-S. Massa, *Communicerende grondslagen van extraterritoriale rechtsmacht*, Maastricht/Den Haag: Universiteit Maastricht/WODC 2010, p. 73-75, 97-105.

teit'.[33] Deze zeer liberale opvatting gaat tegenwoordig niet (meer) op: bij het bepalen van de omvang (en dus ook de grenzen) van eigen strafmacht zijn staten gebonden aan dwingende volkenrechtelijke beginselen.[34]

Voor de vraag welke ruimte Nederland wel heeft om eventueel tot invoering van de overwogen strafbaarstelling over te gaan, is nog van belang dat het dan om *positieve strafmachtscompetentie* gaat: Nederland claimt strafmacht over een bepaald delict. Omdat het daarbij een feit betreft dat buiten het territoir van Nederland wordt begaan, is de claim voorts als *extraterritoriaal* aan te merken. Wat betreft de grondslag van de rechtsmachtvestiging geldt nog dat het daarbij zowel om een *introverte titel* kan gaan (de te beschermen belangen zijn specifiek nationaal van aard: hier het veiligstellen van de Nederlandse rechtsorde) als om een *extraverte titel* (het betreft belangen die internationaal door een of meerdere andere staten worden gedeeld: hier handhaving van de internationale rechtsorde tegen terrorisme, in de sfeer van onder meer internationale instrumenten[35]).[36]

4.3.2 Rechtsmachtbeginsel: uitgangspunten en uitzonderingen

Voor de beginselen van rechtsmacht zijn onder meer de rechtspraak van het voormalige Permanent Hof van Internationale Justitie en het Internationaal Gerechtshof en het gewoonterecht van belang alsmede verdragsrecht. In het navolgende zal blijken dat deze niet steeds met elkaar overeenstemmen.

Opmaat: wetgevende en handhavende rechtsmacht

Jurisdictie of rechtsmacht is een fundamenteel aspect van de soevereiniteit van staten en impliceert de juridische bevoegdheid van de staat om het gedrag van natuurlijke- en rechtspersonen te reguleren.[37] Deze regulering

33 G.A.M. Strijards, *Internationaal strafrecht, strafrechtsmacht. Algemeen deel,* Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 114.

34 J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law,* Oxford: Oxford University Press 2012, p. 486; G.A.M. Strijards, *Hoofdstukken van Internationaal Strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 174; J.H. Beale, 'The Jurisdiction of a Sovereign State', *Harvard Law Review* 1923, vol. 36, p. 243.

35 Zie o.a. de instrumenten van de VN, de EU en de Raad van Europa die worden genoemd in paragraaf 3.2.1.ii (onder: Legitiem doel), en hierna in paragraaf 4.4 (Verplichtingen in het kader van terrorismebestrijding).

36 G.A.M. Strijards, *Internationaal strafrecht, strafrechtsmacht. Algemeen deel,* Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 119-124.

37 J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law,* Oxford: Oxford University Press 2012, p. 456; J.H. Beale, 'The Jurisdiction of a Sovereign State', *Harvard Law Review* 1923, vol. 36, p. 241 ('the power of a sovereign to affect the rights of persons, whether by legislation, by executive decree, or by the judgment of a court'); Mann definieert jurisdictie in international recht als 'a State's right under international law to →

dringt door tot de verschillende terreinen van publiek gezag en verwijst daarmee naar de drie gebruikelijke modaliteiten van staatsgezag: legislatief/ prescriptief, uitvoerend en rechtsprekend.[38] Deze modaliteiten staan, meestal sequentieel, met elkaar in verband. De legislatieve jurisdictie zal immers worden geëffectueerd op het moment dat er een daad van uitvoering in een concrete strafrechtelijke zaak plaatsvindt.[39] In dit onderzoek over de mogelijkheid tot invoering van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling, gaat het primair om de reikwijdte van de eerste modaliteit, de legislatieve rechtsmacht. Het is aldus belangrijk om wetgevende en handhavende rechtsmacht goed te onderscheiden (maar niet: te scheiden) en voor ogen te houden dat in de literatuur beide vormen nog wel eens willekeurig en/of impliciet door elkaar worden gebruikt.

Het belang van het onderscheid tussen de prescriptieve/wetgevende en de uitvoerende/handhavende rechtsmacht werd duidelijk met de uitspraak van het PHIJ in de beroemde *Lotus*-zaak.[40] In deze zaak ging het om een strafrechtelijke vervolging in Turkije van een Fransman voor een aanvaring op volle zee tussen het Franse en het Turkse schip waarbij Turkse slachtoffers

---

regulate conduct in matters not exclusively of domestic concern'; F.A. Mann, 'The Doctrine of Jurisdiction in International Law', *Recueil des cours de l'Academie de droit international de la Haye* 1964, vol. 111, p. 9, 15. Zie ook H. Steinberger, 'Sovereignty', in: R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV, Amsterdam: Elsevier 2000, p. 511.

38 J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 456. Zie ook C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 8-9; M.N. Shaw, *International Law*, 7th edition, Cambridge: Cambridge University Press 2014, p. 472.

39 R. O'Keefe, 'Universal Jurisdiction. Clarifying the Basic Concept', *Journal of International Criminal Justice* 2004, vol. 2, p. 741. Overigens onderscheidt O'Keefe tussen 'jurisdiction to prescribe' en 'jurisdiction to enforce'; hij acht een onderscheid naar een derde modaliteit in strafrechtelijke context 'generally unnecessary' (p. 736-737). Zie ook M. Akehurst, 'Jurisdiction in International Law', *British Yearbook of International Law* 1975, vol. 46, p. 179.

40 In vele wetenschappelijke bronnen die het onderwerp van jurisdictie in internationaal recht behandelen wordt aan deze zaak gerefereerd. Dat is wellicht niet verwonderlijk in aanmerking nemende dat het een eerste en tot nu toe meest expliciete behandeling van het onderwerp in de internationale jurisprudentie is; zie C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 4. Zie over de Lotus-zaak ook: A.H. Klip & A.-S. Massa, *Communicerende grondslagen van extraterritoriale rechtsmacht*, Maastricht/Den Haag: Universiteit Maastricht / WODC 2010, p. 106-108, 112-113 (overigens is de klacht in de daar genoemde te verwachten uitspraak in de ICJ-zaak *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo/France)* door Congo ingetrokken, zodat die uitspraak is uitgebleven; zie ICJ Press release Press Release No. 2010/36, 17 November 2010 (http://www.icj-cij.org/docket/files/129/16233.pdf) (laatst bezocht 1 juli 2015).

vielen. Soevereine staten staat het vrij om op eigen grondgebied eigen regels te handhaven,[41] maar dat laat onverlet dat staten hun soevereine macht niet mogen uitoefenen op het grondgebied van de andere soevereine staat, tenzij een gewoonte- of verdragsrechtelijke regel hiertoe toestemming geeft.[42] Anders zou het beginsel van soevereine gelijkheid van staten worden ondermijnd. Ten aanzien van de prescriptieve rechtsmacht overwoog het PHIJ:

> 'It does not, however, follow that international law prohibits a State from exercising jurisdiction in its own territory, in respect of any case which relates to acts which have taken place abroad, and in which it cannot rely on some permissive rule of international law. Such a view would only be tenable if international law contained a general prohibition to States to extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, and if, as an exception to this general prohibition, it allowed States to do so in certain specific cases. But this is certainly not the case under international law as it stands at present. Far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property's and acts outside their territory, it leaves them in this respect a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules; as regards other cases, every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable.'[43]

Aldus mogen staten regels stellen buiten hun eigen grondgebied ten aanzien van personen, bezittingen en handelingen, mits de handhaving van deze regels op hun eigen grondgebied plaatsvindt. Maar zelfs volgens de Lotus-doctrine (die niet geacht kan worden nog altijd volledig in het volkenrecht te gelden; zie verderop) is die wetgevende bevoegdheid er alleen in gevallen waarin daartoe geen internationaalrechtelijk verbod bestaat, zo maakt bovenstaande rechtsoverweging duidelijk. Een regel die een verbod bevat op de extraterritoriale werking van de regelgeving van een staat kan tot stand

41 Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United States, General Assembly resolution 2625 (XXV), 1970, *U.N. Doc.* A/8082, *American Journal of International Law* (65) 1971, p. 243.

42 PCIJ 7 september 1927, *The case of the SS. Lotus (France/Turkey)*, PCIJ Reports, Series A, No. 10, p. 18-19: '[T]he first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that—failing the existence of a permissive rule to the contrary—it may not exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention.'

43 PCIJ 7 september 1927, *The case of the SS. Lotus (France/Turkey)*, PCIJ Reports, Series A, No. 10, p. 19.

komen door abstracte *opinio juris*-verklaringen die zijn gemaakt voordat de jurisdictie is creëert of door middel van protesten daarna.[44] Aldus lijkt ons dat meer in het algemeen uit het internationaal gewoonterecht voortvloeiende belemmeringen ook van belang kunnen zijn. Dit is niet de plaats om te analyseren in hoeverre welke mensenrechten internationaal gewoonterecht vormen, maar wij merken wel op dat die status in toenemende mate voor mensenrechten aannemelijk is.[45] Wat betreft de in hoofdstuk 3 besproken fundamentele rechten is dan van belang dat deze alle onderdeel uitmaken van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens en dat in elk geval het recht op religie niet-derogeerbaar is in het IVBPR.[46]

Voor zover mensenrechten tot het gewoonterecht behoren en deze zich verzetten tegen invoering van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling – zie hoofdstuk 3 – is er veel voor te zeggen dat er in zoverre een verbod bestaat om voor het strafbaar gestelde feit extraterritoriale rechtsmacht te vestigen. Dat zou dan vooral problematisch kunnen zijn voor zover de strafbaarstelling zich ook uitstrekt over personen die door de strafbaarstelling daadwerkelijk wezenlijk in de uitoefening van mensenrechten worden beperkt terwijl zij niet bijdragen aan een terroristische organisatie noch anderszins materieel wederrechtelijk handelen in de terroristische 'no go zone' en daartoe ook niet de intentie hebben.

Het PHIJ oordeelde voors dat 'the territoriality of criminal law […] is not an absolute principle of international law and by no means coincides with

44 Zie C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 23, met verwijzing naar A.V. Lowe, 'Blocking Extraterritorial Jurisdiction: the British Protection of Trading Interests Act, 1980,' *American Journal of International Law* 1981, vol. 75, p. 263.

45 Zie o.a. nader A. D'Amato, 'Human Rights as Part of Customary International Law: A Plea for Change of Paradigms', Northwestern University School of Law, Faculty Working Papers. Paper 88, 2010; V. Dimitrijevic, *Customary Law as an Instrument for the Protection of Human Rights*, ISPI Working Papers (WP-7), Milano: Istituto per gli Studi di Politica Internazionale 2006.

46 Vgl. M. Akehurst, 'Jurisdiction in International Law', *British Yearbook of International Law* 1975, vol. 46, p. 188: 'Even when a State has legislative jurisdiction, the State will break international law if the content of its legislation is contrary to international law. […] a State is entitled to attribute a universal scope to its rules of family law; but if the content of that law prescribes that all marriages between aliens in foreign countries are void, the State is in breach of international law, at least if one takes the view that respect for basic human rights is now required by international law, because Article 16 (I) of the Universal Declaration of Human Rights provides that "men and women of full age … have the right to marry and to found a family…". Similarly, although a State is entitled to legislate for its nationals abroad, even in the field of criminal law, it would break international law if it required them to commit acts of subversion against another State within the latter's territory.' (verwijzingen weggelaten, PHvK&MF).

territorial sovereignty'.[47] Alles wat het internationaal recht eist is dat de grenzen die door dat recht zijn getrokken, door staten worden gerespecteerd; binnen deze grenzen rust de bevoegdheid tot het creëren van rechtsmacht (de Kompentenz-Kompentenz) op de soevereiniteit van staten.[48] Rechtmatige vestiging van jurisdictie betekent dus niet automatisch dat de staat vervolgens ook een absoluut recht heeft op uitoefening van die jurisdictie.[49] Dit laatste (handhavende rechtsmacht) is wat betreft de overwogen gebiedsstrafbaarstelling minder relevant, nu de toepassing daarvan in beginsel wel zal plaats moeten vinden in Nederland. Voor het eerste (wetgevende rechtsmacht) is ook het volgende van belang.

Toch het territorialiteitsbeginsel als uitgangspunt

Hoewel duidelijk is dat de *Lotus*-zaak nog steeds het referentiekader biedt voor de behandeling van strafrechtsmacht in het internationaal publiekrecht,[50] mag hier niet zonder vermelding blijven dat de benadering van het PHIJ daarin stevig onder vuur is komen te liggen en niet uitsluitend bepalend is.[51] Daartoe is van belang dat voor de inhoud van het daartoe relevante volkenrecht ook het internationale gewoonterecht meeweegt. Volgens critici geldt voormelde liberale benadering (er is niets geregeld dus het mag) niet

47 PCIJ 7 september 1927, *The case of the SS. Lotus (France/Turkey)*, PCIJ Reports, Series A, No. 10, p. 20. Zie ook H.G. Meier, 'Jurisdictional Rules in Customary International Law', in: K. M. Meessen (red.), *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice*, London: Kluwer Law International 1996, p. 66: '[A] consensual legal system could not, in logic or practice, contain a rule prohibiting a sovereign state from prescribing rules against activities outside its borders that have harmful effects within the state's territory, i.e. from exercising (effects-based) jurisdiction.'

48 PCIJ 7 september 1927, *The case of the SS. Lotus (France/Turkey)*, PCIJ Reports, Series A, No. 10, p. 19. Opvallend is wel dat het PCIJ geen, of alleen marginale aandacht besteedt aan de soevereiniteit of onafhankelijkheid van de andere staat die door de jurisdictie-uitoefenende staat wordt verdringt.

49 M. Inazumi, *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes Under International Law*, Antwerpen: Intersentia 2005, p. 134.

50 C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 30.

51 Zie J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law,* Oxford: Oxford University Press 2012, p. 458; F.A. Mann, 'The Doctrine of Jurisdiction in International Law', *Recueil des cours de l'Academie de droit international de la Haye* 1964, vol. 111, p. 35; R. Higgins, *Problems and Process. International Law and How We Use It*, Oxford: Clarendon Press 1994, p. 77; A.V. Lowe, 'Blocking Extraterritorial Jurisdiction: the British Protection of Trading Interests Act, 1980,' *American Journal of International Law* 1981, vol. 75, p. 263.

als uitgangspunt van dat internationale gewoonterecht.[52] Gelet daarop zou de benadering volgens hen meer restrictief van aard dienen te zijn. Deze zou dan inhouden dat staten enkel hun rechtsmacht kunnen uitoefenen wanneer een internationaalrechtelijk beginsel – zoals het territorialiteits-, personaliteits-, beschermings- of universaliteitsbeginsel – hun daartoe machtigt (er is niets geregeld, dus het mag niet). Aldus is territorialiteit ten aanzien van alle modaliteiteten van jurisdictie de regel, en extraterritoriale toepassing van legislatieve jurisdictie de uitzondering. Deze regel-uitzonderingbenadering zou in de praktijk overigens tot hetzelfde resultaat kunnen leiden als de liberale *Lotus*-doctrine, nu de jurisdictievestigende beginselen immers zeer breed kunnen worden uitgelegd.[53] Desalniettemin lijkt de liberale benadering in de praktijk een bredere (extraterritoriale) jurisdictieclaim mee te brengen doordat de bewijslast dat een internationale verbodsregel bestaat op de tegenpartij rust, dat wil zeggen de partij die zich weert tegen de extraterritoriale rechtsmachtclaim. Bij de meer restrictieve benadering is het juist wel de staat die jurisdictie claimt die moet aantonen dat het internationaal recht dit toelaat.[54]

Het beginsel dat aan beide benaderingen ten grondslag ligt is de soevereine gelijkheid van staten. Het voorgaande laat zien dat daarnaar vanuit verschillende perspectieven valt te kijken: dat van de claimende staat en dat van de verzettende staat. Aldus moet in de praktijk een balans worden gezocht tussen hun respectievelijke belangen. Die balans zal door casuïstiek moeten worden gevonden. Het internationaal recht vormt zich ter ordening van de uiteenlopende door verschillende staten geformuleerde uitgangspunten ten aanzien van de toepassing van rechtsmacht. Het tracht daarmee niet alleen positieve rechtsmachtsconflicten te beslechten maar ook de (gezamenlijke) belangen van verschillende staten te waarborgen en onredelijke jurisdictieclaims te voorkomen.[55] Het lijkt ook daarom inmiddels veilig om aan te

---

52 C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 29. Zie ook A. Nollkaemper, *Kern van het internationaal publiekrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2014, p. 246.

53 C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 29-30.

54 Harvard Research on International Law, 'Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime', *American Journal of International Law* 1935, vol. 29, p. 468: 'The two points of view presented in the case of the *S.S. Lotus* may be regarded as essentially nothing more than two avenues of approach to a single principle, significant only as the choice between them may determine which contestant should take the initiative in proving the law in the case before the court.'.

55 Zie M. Inazumi, *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes Under International Law*, Antwerpen: Intersentia 2005, p. 18; Separate Opinion van Sir Gerald Fitzmaurice, bij ICJ 5 februari 1970, *Case Concerning Barcelona Traction, Light and Power Co Ltd (Belgium/Spain)*, ICJ Reports →

nemen dat bij de vestiging van extraterritoriale rechtsmacht beide kanten – dat wil zeggen: claimende staten en zich daartegen verzettende staten – verantwoordelijkheden voor elkaar en rechten jegens elkaar hebben met het oog op hun co-existentie binnen de internationale rechtsorde.

Het recht van jurisdictie kan aldus in termen van inkadering en beperking van de soevereine macht van staten worden opgevat. De positieve politieke vrijheid tot het doen en laten van een staat op eigen grondgebied wordt bijgevolg begrenst door de politieke soevereine macht van andere staten.[56] Territorialiteit van rechtsmacht vormt hiermee een belangrijk uitgangspunt van rechtsmacht als een beperkende regel.[57] Dat territorialiteit de primaire grondslag van strafrechtelijke rechtsmachtuitoefening is, wordt rechtstheoretisch, historisch, principieel en praktisch gefundeerd.[58] Tegenwoordig lijkt het dan ook onomstreden dat het territorialiteitsbeginsel de hoofdregel is voor het vestigen van rechtsmacht door soevereine staten.[59] Het vestigen van

---

1970, p. 105, par. 70: 'International law does not impose hard and fast rules on States delimiting spheres of national jurisdiction in such matters […] but leaves to States a wide discretion in the matter. It does however […] involve for every State an obligation to exercise moderation and restraint as to the extent of the jurisdiction assumed by its courts in cases having a foreign element, and to avoid undue encroachment on a jurisdiction more properly appertaining to, or more appropriately exercisable by, another State.'

56 Strijards spreekt bij het territorialiteitsbeginsel van de positieve werking ervan ('de exclusieve bevoegdheid om strafbaarstellingen op onbeperkte grondslag toe te passen en daartoe direct penal enforcement power aan te wensen zonder tussenkomst van een ander niet-nationaal gezag') en de negatieve werking ervan ('de staat is gehouden in beginsel geen extraterritoriale strafmacht te claimen […] laat staan dat hij daartoe penal enforcement power in het buiteland mag uitoefenen'); G.A.M. Strijards, *Hoofdstukken van Internationaal Strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 200.

57 J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 456. Ook zo o.a. H.D. Wolswijk, *Locus delicti en rechtsmacht* (diss. Utrecht), Deventer: Gouda Quint 1998.

58 Zie o.a. A. Chehtman, *The Philosophical Foundations of Extraterritorial* Punishment, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 57; S. Kassan, 'Extraterritorial Jurisdiction in the Ancient World', *American Journal of International Law* 1935, vol. 29, p. 237-238; P. Arnell, 'The case for nationality based jurisdiction', *International and Comparative Law Quarterly* 2001, vol. 50, p. 958-959; C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford: Oxford University Press 2015, Chapter 3. De nadruk op het territoir van een staat als de grondslag voor strafrechtelijke jurisdictie komt ook naar voren bij Hugo de Groot en Ulrik Huber, en bij bekende filosofen uit het tijdperk van de Verlichting, zoals Montesquieu, Rousseau, Beccaria, Pufendorf en Wolff; zie voor een overzicht van de opvattingen van deze schrijvers, met verwijzingen, Ryngaert, *a.w.*, p. 54-62.

59 A. Chehtman, *The Philosophical Foundations of Extraterritorial* Punishment, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 56-57: 'The territorial scope of a state's criminal law is commonly regarded as a manifestation of its sovereignty. This entails that a state has →

extraterritoriale rechtsmacht moet dan logischerwijs een uitzondering zijn. Aldus hebben zich in aanvulling op dit wetgevende rechtsmachtsbeginsel in de praktijk vele uitzonderingen ontwikkeld, zoals het vlagbeginsel, (actief/passief) personaliteitsbeginsel, beschermingsbeginsel en het universaliteitsbeginsel.[60] Volkenrechtelijk is het primaat van de staat om op eigen grondgebied onbeperkte en exclusieve strafmacht te vestigen onomstreden. Vanwege de relatie tot andere staten tendeert de statenpraktijk ernaar dat de vestiging van extraterritoriale rechtsmacht alleen als uitzondering is toegestaan.[61] Dit betekent ook dat niet kan worden aangenomen dat de Lotus-doctrine nog autonoom en onverminderd geldt. Aldus kan evenmin zonder meer worden gesteld dat Nederland bevoegd is tot het vestigen van extraterritoriale rechtsmacht in de zin van de overwogen strafbaarstelling zolang dit niet op een volkenrechtelijk verbod stuit. Tegelijkertijd is daarmee dan nog evenmin gezegd dat invoering van zodanige strafbaarstelling op het volkenrecht moet afstuiten. Dat doet het ook niet per se, zoals uit het navolgende blijkt.

Hoewel de regel-uitzonderingbenadering ten aanzien van extraterritoriale rechtsmacht op zichzelf algemeen lijkt te zijn aanvaard, vormt de reikwijdte van zowel de regel als de uitzondering een twistpunt. Zo hanteren verschillende staten uiteenlopende territorialiteitsficties en zijn andere staten erg goed in het 'territorialiseren' van de *locus delicti*'.[62] Er heerst zelfs – ondanks de poging om 'maximale lippendienst' aan de relatieve opvatting van Kompetenz-Kompetenz te bewijzen – 'een zekere anarchie' wat betreft de statenpraktijk over strafrechtsmacht en de praktijk komt daardoor toch neer op een vrij liberale benadering van de Kompetenz-Kompetenz door staten.[63] Voor zover het internationale strafmachtsrecht tot uitdrukking komt in verdragen, gaat het meestal uit van een minimumbenadering en geeft het aan wat staten

---

the normative power to prescribe criminal rules which are binding on every person who is, for whatever reason, on its territory. […] it also entails the normative power to punish anyone who violates its criminal rules within its territorial borders'; G.A.M. Strijards, *Hoofdstukken van Internationaal Strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 26, 183; 'Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime', *American Journal of International Law* 1935, vol. 29, p. 480.

60 G.A.M. Strijards, *Hoofdstukken van Internationaal Strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 26.

61 Zie stelliger C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 35-38. Zie verder R. van Elst & A.M.M. Orie, 'Strafmachtrecht', in: E. van Sliedregt, J.M. Sjöcrona & A.M.M. Orie, *Handboek Internationaal Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 37-38.

62 G.A.M. Strijards, *Hoofdstukken van Internationaal Strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 184.

63 Idem, p. 185.

in elk geval behoren te doen zonder dat zij harde verbodsregels bevatten over extraterritoriale rechtsmacht.[64]

Strafmachtsbeperkingen – hoe vaag ook – volgen daarentegen wel uit het internationaalrechtelijk gewoonterecht.[65] Strijards geeft de volgende opsomming die binnen het nogal flexibele rechtsmachtrecht enige houvast biedt:

1. het verbod onderling met elkaar in een strafmachtsconflict te geraken
2. het verbod te treden in elkaars interne soevereiniteit
3. het verbod rechtsmacht te eisen die men wederkerig niet aan andere staten gunt
4. het verbod om rechtsmacht te claimen waardoor een individu als het ware door een nationale strafbaarstelling 'overvallen' wordt
5. het verbod extraterritoriale strafmacht op te eisen die niet door een rechtens relevante 'band' met de rechtsorde van de claimende staat gerechtvaardigd is.[66]

Het probleem van *Verbod 1* (strafmachtsconflict) zal zich in de praktijk vermoedelijk niet gauw voordoen omdat het in de staat van het door terroristen bezette territorium waarschijnlijk als zodanig niet strafbaar zal zijn om in dat territorium aanwezig te zijn. Een strafmachtsconflict – het gaat dan om handhaving – zal zich wel kunnen voordoen indien betrokkene zowel daar als hier voor terroristische misdrijven zouden worden vervolgd, maar dat is niet waar de overwogen strafbaarstelling zich direct op richt. *Verbod 2* (respecteren interne soevereiniteit andere staten) kwam hiervoor in paragraaf 4.2 al

64 Idem, p. 178. Een uitzondering is te vinden in de United Nations Convention on the Law of the Sea, *Trb*. 1983/83, rectificatie *Trb*. 1984/55 (in Nederland in werking getreden op 16 november 1994, *Trb*. 1996/272).

65 G.A.M. Strijards, *Hoofdstukken van Internationaal Strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 179.

66 Idem, p. 186, met verdere verwijzingen. Zie ook J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law,* Oxford: Oxford University Press 2012, p. 486: '[E]xtra-territorial acts can lawfully be the object of prescriptive jurisdiction only if certain general principles are observed: (1) There should be a real and not colourable connection between the subject-matter and the source of the jurisdiction (leaving aside cases of universal jurisdiction). (2) The principle of non-intervention in the territorial jurisdiction of other states should be observed, notably in an enforcement context. (3) Elements of accommodation, mutuality, and proportionality should be duly taken into account. Thus nationals resident abroad should not be constrained to violate the law of their place of residence. (4) These basic principles do not apply or do not apply very helpfully to (a) certain cases of concurrent jurisdiction, and (b) crimes against international law within the ambit of universal jurisdiction. […]. (5) Jurisdiction is often concurrent and there is not hierarchy of bases for jurisdiction. However, an area of exclusivity may be established by treaty, as in the case of offences committed on board aircraft in flight.'

aan bod. *Verbod 3* (wederkerigheid) is in die zin interessant hier, omdat het inscherpt dat andere staten het juist tot strafbaar feit zouden kunnen verklaren om in Nederland of andere westerse staten te verblijven; de vraag is of men die ontwikkeling internationaal in gang zou willen zetten.[67] *Verbod 4* (verrassen individu) hoeft geen obstakel voor de gebiedsstrafbaarstelling te zijn, nu dit oplosbaar is door de relevante regelgeving openbaar toegankelijk te maken en er voldoende aandacht voor te vragen.[68] Daarmee komen wij op *Verbod 5*, dat meer aandacht vraagt.

Een belangrijke normatieve strafmachtsbeperking impliceert het *lien-de-droit*-beginsel oftewel de 'none of your business rule', die inhoudt dat staten geen rechtsmacht dienen te vestigen indien zij daarbij geen reëel belang hebben.[69] Dat betekent dat staten alleen rechtsmacht dienen te claimen indien een relevant verband bestaat tussen de rechtsmacht claimende staat en het feit.[70] Beperkter gezegd: de nationale rechtsorde moet verstoord kunnen worden of zijn door het delict, wil de staat er terecht jurisdictie over kunnen vestigen of uitoefenen.[71] Andere staten moeten deze rechtsmachtsclaim aanvaarden. 'Daarbij is van belang dat dat "lien de droit beginsel" oorspronkelijk de functie heeft van rechtvaardigingsgrond jegens andere staten die geconfronteerd worden met een extraterritoriale rechtsmachtaanspraak die in hun ogen op het eerste gezicht excessief voorkomt.'[72] Het betreft aldus een bevoegdheidsbeperkend beginsel: staten mogen niet onbegrensd hun eigen 'ruimtelijke heerschappij van het nationale strafrecht', oftewel de Kompetenz-Kom-

67 Zie hiervoor ook paragraaf 4.2.3 (Conclusie: beginselen van soevereiniteit en de overwogen gebiedsstrafbaarstelling). Vgl. D.J. Gerber, 'Beyond Balancing: International Law Restraints on the Reach of National Laws', *Yale Journal of International Law* 1984, vol. 10, p. 188: 'A third level to which jurisdictional conflicts have recently been extended is that of retaliatory or "blocking" legislation. A significant group of foreign governments has passed legislation to thward the excercise of U.S. jurisdiction by such means as prohibiting cooperation in U.S. legal proceedings and denying recognition to certain judgments'; zie ook p. 219-220.

68 Zie nader o.a. paragraaf 5.3.2 (onder: Kwaliteit strafbaarstelling: duidelijkheid, specificiteit en voorzienbaarheid).

69 M. D. Ramsey, 'Escaping International Comity', *Iowa Law Review* 1998, vol. 83, p. 920. Zie ook M. Akehurst, Jurisdiction in International Law, *British Yearbook of International Law* 1975, vol. 46, p. 189, die dan zelfs van 'an abuse of rights' spreekt. D. J. Gerber, 'Beyond Balancing: International Law Restraints on the Reach of National Laws', *Yale Journal of International Law* 1984, vol. 1, p. 203: hij spreekt van 'comity balancing' en 'jurisdictional balancing'.

70 G.A.M. Strijards, *Hoofdstukken van Internationaal Strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 17-18; Zie ook C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 39.

71 Vgl. G.A.M. Strijards, *Hoofdstukken van Internationaal Strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 18.

72 Idem, p. 19.

petenz, bepalen.[73] Aldus navigeert dit beginsel een middenweg tussen de positie van *Lotus* en een strikt restrictieve benadering.[74]

Doorgaans is de praktische betekenis van de 'none of your business rule' niet groot, nu staten niet gauw rechtsmacht vestigen of uitoefenen in zaken waarin zij geen belang hebben[75] – hetgeen overigens ook de gelding van de regel bevestigt. Maar het zou aansluiten bij de strekking van het beginsel om aan te nemen dat staten alleen rechtsmacht mogen claimen *voor zover* een relevant verband bestaat tussen de rechtsmacht claimende staat en het feit. Problematisch is dan dat de overwogen gebiedsstrafbaarstelling zich ook uitstrekt over personen die niet bijdragen aan een terroristische organisatie noch anderszins materieel wederrechtelijk handelen in de terroristische 'no go zone' en daartoe ook niet de intentie hebben. Dan valt immers moeilijk uit te leggen dat strafrechtelijke rechtsmacht over hun verblijf in het buitenlandse territorium reëel bijdraagt aan het tegengaan van terrorisme en jihadisme en de bescherming van de Nederlandse veiligheid. Het verband tussen het feit (te weten: verblijven in een terroristisch gebied) en het belang van de Nederlandse rechtsorde (tegengaan van terrorisme en jihadisme alsmede de bescherming van de Nederlandse veiligheid) is dan minst gezegd weinig evident. In zoverre zou invoering van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling dus op gespannen voet staan met de 'none of your business rule'.

Nationaliteit, bescherming en universaliteit als aanknopingspunten voor uitzondering

De benodigde band tussen het strafbare feit en de rechtsmacht claimende staat kan ruimtelijk, personeel en zakelijk van aard zijn. De belangrijkste aanknopingspunten voor het vestigen van extraterritoriale rechtsmacht die het volkenrecht erkent, zijn nationaliteit, bescherming en universaliteit.[76] De *ruimtelijke* (o.a. territorialiteit) en *personele* (o.a. actief en passief personaliteitsbeginsel) banden zijn in die zin vrij neutraal of a-normatief van aard dat ze de strafrechtsmachtbevoegdheid van een staat los van de vraag naar de mate van de wederrechtelijkheid van het feit bepalen.[77] Hierdoor wordt de vraag naar de strafrechtsmacht los van de reden van de claim erop beantwoord. Dit is anders bij het derde aanknopingspunt: de zakelijke band (o.a. beschermingsbeginsel, universaliteitsbeginsel). Daarbij gaat het immers juist wel ook om de mate van wederrechtelijkheid van het strafbare feit waarvoor de staat

73 Idem, p. 19.
74 C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 44.
75 M.D. Ramsey, 'Escaping International Comity', *Iowa Law Review* 1998, vol. 83, p. 921.
76 A. Nollkaemper, *Kern van het internationaal publiekrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2014, p. 246.
77 G.A.M. Strijards, *Hoofdstukken van Internationaal Strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 191.

extraterritoriale rechtsmacht beoogt te vestigen (ernstige feiten die de belangen van de staat fundamenteel raken).[78] De vraag is nu of deze beginselen een rechtsgrondslag kunnen bieden aan de overwogen gebiedsstrafbaarstelling.

– *Nationaliteits- en personaliteitsbeginsel*. Naast het territorialiteitsbeginsel biedt het actief personaliteitsbeginsel een relatief onomstreden grondslag voor het vestigen van strafrechtsmacht. Het beginsel houdt in dat een staat de gedragingen van eigen onderdanen aan strafrechtelijke handhaving kan onderwerpen ook indien de gedragingen buiten het territoir van de staat zelf zijn begaan.[79] Op grond van dit beginsel kunnen staten – in beginsel – rechtsmacht vestigen voor alle strafbare feiten begaan door eigen onderdanen in het buitenland.[80] Het beginsel berust op verschillende grondslagen.[81] Een daarvan is het belang van de staat om eigen onderdanen af te schrikken zich in het buitenland zodanig te gedragen dat de reputatie van de staat alsmede internationale relaties schade wordt aangebracht. Een andere grondslag is het meer intern gerichte belang om te voorkomen dat eigen onderdanen die strafbare feiten in het buitenland begaan in eigen nationale staat recidiveren.[82] Waar de extraterritoriale rechtsmachtvestiging op grond van actief personaliteitsbeginsel echter ziet op een gedraging die niet strafbaar is in de claimende staat, kan dit een signaal zijn van inadequate territoriale wetgeving

78 Idem, p. 191.

79 Zie nader o.a. C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 104-110; A. Nollkaemper, *Kern van het internationaal publiekrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2014, p. 248-249; M.N. Shaw, *International Law*, 7th edition, Cambridge: Cambridge University Press 2014, p. 479-482; J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law,* Oxford: Oxford University Press 2012, p. 459-460; M. Akehurst, 'Jurisdiction in International Law', *The British Yearbook of International Law* 1972-1973, vol. 46, p. 156-157. Zie ook Harvard Research in International Law, 'Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime', *American Journal of International Law* 1935, vol. 29, p. 480-508; B.J. George, 'Extraterritorial Application of Penal Legislation', *Michigan Law Review* 1966, vol. 64, p. 613-615.

80 C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 105; A. Chehtman, *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 60.

81 Zie voor rechtvaardigingen voor het personaliteitsbeginsel o.a. G. R. Watson, 'Offenders Abroad: The Case for Nationality-Based Criminal Jurisdiction', *Yale Journal of International Law* 1992, vol. 17, p. 68 (theory of allegiance of *Treuflicht;* voorkomen negatieve rechtsmachtconflicten); A. Chehtman, *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 65 (diverse bredere, extraverte belangen).

82 P. Arnell, 'The case for nationality based jurisdiction', *International and Comparative Law Quarterly* 2001, vol. 50, p. 961; P.V. Lowe 'Jurisdiction' in Malcolm D Evans (red.), *International Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 347.

en/of handhaving. Daarmee is het nog niet volkenrechtelijk verboden, maar het kan in het licht van soevereiniteit van staten wel als problematisch worden ervaren.[83] Vele landen, waaronder Nederland, maken tegenwoordig dan ook maar beperkt gebruik van deze rechtsmachtgrondslag.[84] Door staten wordt het actief personaliteitsbeginsel ook wel beperkt door het alleen bij ernstige strafbare feiten toe te passen of door dubbele strafbaarheid te vereisen. [85]

Voor zover de overwogen gebiedsstrafbaarstelling zou zien op alle Nederlanders (en/of Nederlandse ingezetenen) die op een door terroristen gecontroleerd grondgebied verblijven, wordt de rechtsmacht formeel gestoeld op het actieve personaliteitsbeginsel (en/of ingezetenenbeginsel). In zoverre zal de bovengenoemde spanning (d.w.z.: het signaal van inadequate territoriale wetgeving en/of handhaving) zich kunnen voordoen: verblijf op Nederlands grondgebied is als zodanig niet strafbaar; aannemelijkerwijs – maar uiteindelijk afhankelijk van hoe de strafbepaling precies zal worden geformuleerd – ook niet indien een territorium in Nederland onder controle zou komen van een terroristische organisatie. Dat laat onverlet dat de strafbaarstelling tegelijkertijd ook aansluiting vindt bij de bovengenoemde grondslagen: reputatie Nederland en tegengaan strafbare feiten in het buitenland (terroristische activiteiten en aansluiting bij buitenlandse terroristische organisatie) en voorkomen recidive in Nederland (terroristische activiteiten door terugkerende 'foreign terrorist fighters'). Hiermee wordt echter ook duidelijk dat de ratio van het claimen van exterritoriale rechtsmacht vooral toch ligt in het tegengaan van wederrechtelijke gedragingen en bescherming. In feite speelt personaliteit bij de strafbaarstelling zelfs veeleer een reikwijdte beperkende rol (namelijk voorkomen dat de gebiedsstrafbaarstelling op 'foreign terrorist fighters' van welke nationaliteit ook van toepassing is) dan dat die als grondslag van de rechtsmachtvestiging fungeert.

---

83 A. Chehtman, *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 60; C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 105: 'Also if the accused's conduct is not punishable in the territorial State, active personality jurisdiction might be legitimate. In that case, however, it may signal the inadequacy of territorial legislation and thereby raise sovereignty concerns' (verwijzing weggelaten); G.R. Watson, Offenders Abroad: The Case for Nationality-Based Criminal Jurisdiction, *Yale Journal of International Law* 1992, vol. 17, p. 69.

84 A. Nollkaemper, *Kern van het internationaal publiekrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2014, p. 248.

85 C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 105; A. Chehtman, *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 59-60. Zie voorts G. R. Watson, 'Offenders Abroad: The Case for Nationality-Based Criminal Jurisdiction', *Yale Journal of International Law* 1992, vol. 17, p. 77-78.

– *Beschermings- en universaliteitsbeginsel*. Bij deze beginselen staan zoals opgemerkt de te beschermen belangen centraal. Het gaat om de mate van wederrechtelijkheid van de strafbare gedraging die op zich zelf de rechtvaardiging voor het vestigen van extraterritoriale rechtsmacht verschaft.[86] Waar het bij beschermingsbeginsel om vitale interne belangen van een staat gaat, is het universaliteitsbeginsel juist gericht op de bescherming van de fundamentele belangen van de internationale gemeenschap als zodanig.[87] Wat de legitieme belangen zijn die zich lenen voor de toepassing van het beschermingsbeginsel, bepalen de staten zelf: 'The categories of what may be considered a vital interest for the purposes of protective jurisdiction are not closed, and no criteria exist for determining such interests beyond a vague sense of gravity. Ultimately, the identification of exorbitant jurisdiction may be a matter of knowing it when one sees it.'[88] In de statenpraktijk wordt deze grond voor strafrechtmacht haast niet toegepast.[89] Niettemin lijkt ons duidelijk dat lastig verdedigbaar is dat het enkele 'verblijf' op een terroristisch grondgebied van zodanig ernstige orde is dat dit universele rechtsmacht rechtvaardigt of dat dit van hetzelfde niveau is als misdrijven waarvoor thans al wel universele rechtsmacht wordt aangenomen. Iets genuanceerder ligt het voor wat betreft het beschermingsbeginsel. Maar ook dan blijft problematisch dat voor zover de gebiedsstrafbaarstelling zich ook zou uitstrekken over personen zonder terroristische betrokkenheid of intentie, moeilijk valt in te zien dat strafrechtelijke rechtsmacht over hun verblijf in het buitenlandse territorium als zodanig reëel bijdraagt aan het tegengaan van terrorisme en jihadisme en de bescherming van de Nederlandse veiligheid.

4.3.3 Conclusie: Kompetenz-Kompetenz bij de overwogen gebiedsstrafbaarstelling

Het volkenrecht inzake het leerstuk Kompentz-Kompetenz, oftewel de macht om strafmacht te creëren, vormt geen hard of absoluut algemeen obstakel voor de invoering van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling. In zoverre zou de wetgever dus niet in strijd handelen met het volkenrecht indien hij tot

86 G.A.M. Strijards, *Hoofdstukken van Internationaal Strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 191.

87 Zie o.a. A. Nollkaemper, *Kern van het internationaal publiekrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2014, p. 250; International Law Association, *Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences*, Committee on International Human Rights Law and Practice, London Conference 2000, p. 2; J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 462, 467-469.

88 J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 462.

89 C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 116.

zodanige invoering zou overgaan. Althans: bij mensenrechten die tot het gewoonterecht behoren en een belemmering zijn voor invoering van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling, moet er rekening mee worden gehouden dat in zoverre wel een verbod bestaat om voor het strafbaar gestelde feit extraterritoriale rechtsmacht te vestigen. Dat zou dan vooral problematisch kunnen zijn voor zover de strafbaarstelling zich ook uitstrekt over personen die door de strafbaarstelling daadwerkelijk wezenlijk in de uitoefening van mensenrechten worden beperkt terwijl zij niet bijdragen aan een terroristische organisatie noch anderszins materieel wederrechtelijk handelen in de terroristische 'no go zone' en daartoe ook niet de intentie hebben. Dit bezwaar geldt zelfs ingevolge de liberale Lotus-doctrine, die meer ruimte biedt voor rechtsmachtvestiging dan het gewoonterecht. Het is ook op dit laatste punt (uitstrekking over personen zonder terroristische betrokkenheid of intentie) dat invoering van de overwogen strafbaarstelling weliswaar geen strijd maar wel spanningen zou veroorzaken met diverse uitgangspunten van rechtsmachtvestiging. Een eerste bezwaar doet zich dan voor vanuit de 'none of your business rule', oftewel de eis dat extraterritoriale rechtsmachtvestiging een reëel belang van de vestigende staat dient te verwezenlijken. Moeilijk uit te leggen valt immers dat strafrechtelijke rechtsmacht over het verblijf van dergelijke personen in het buitenlandse territorium reëel bijdraagt aan het tegengaan van terrorisme en jihadisme en de bescherming van de Nederlandse veiligheid. Voor zover de extraterritoriale rechtsmacht steunt op het personaliteitsbeginsel is van belang dat van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling het signaal van inadequate wetgeving en/of handhaving in het land van het terroristisch gebied zou kunnen uitgaan. Maar eigenlijk zal personaliteit bij de strafbaarstelling niet zozeer als grondslag voor rechtsmachtvestiging fungeren, maar veeleer als beperking van de reikwijdte van de strafbepaling, omdat moet worden voorkomen dat de gebiedsstrafbaarstelling op 'foreign terrorist fighters' van welke nationaliteit ook van toepassing is. Dit betekent dat de grondslag zal moeten worden gevonden in het universaliteitsbeginsel of het beschermingsbeginsel. Het eerste beginsel kan die grondslag redelijkerwijs niet bieden. Het beschermingsbeginsel kan dat wel, maar niet zonder meer voor de hele strafbaarstelling: voor zover de gebiedsstrafbaarstelling zich ook zou uitstrekken over personen zonder terroristische betrokkenheid of intentie lijkt het beschermingsbeginsel niet inroepbaar. Op dat punt is er dus geen duidelijke rechtsmachtgrondslag voor de overwogen strafbaarstelling.

4.4 INTERNATIONALE PLICHTEN TOT BESTRIJDING 'FOREIGN TERRORIST FIGHTERS'

Naast volkenrechtelijke belemmeringen om extraterritoriale rechtsmacht te vestigen zijn er in sommige gevallen juist verplichtingen daartoe. Zoals reeds

in hoofdstuk 3 bleek, ligt de overwogen gebiedsstrafbaarstelling in de sfeer van internationale voornemens en verplichtingen ter bestrijding van terrorisme, jihadisme en het fonomeen van de 'foreign terrorist fighter' oftewel jihadganger.[90] In het bijzonder verdient in dit opzicht U.N. Security Council (UNSC) Resolution 2178 (2014)[91] aandacht, aangezien dit op dit moment het meest gezaghebbende en concrete internationale instrument is. Nu in dit onderzoek een toetsing van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling centraal staat, strekt het navolgende er niet toe te bezien hoe aan de resolutie het best uitvoering valt te geven. Evenmin zullen wij de resolutie als zodanig becommentariëren. Het gaat het bestek van dit onderzoek bovendien te buiten om precies vast te stellen wat de precieze bindende kracht van de resolutie is. Zeker is dat de resolutie niet geheel vrijblijvend is. Van belang is namelijk dat, vooral omdat staten geen consensus over de juridische definitie van terrorisme en de werkingssfeer van het verdrag kunnen bereiken, er nog geen alomvattend verdrag inzake terrorisme tot stand is gekomen.[92] Wel hebben verschillende conventies, die specifieke terroristische gedragingen tot onderwerp hebben, het licht gezien.[93] Maar deze beslaan ook gezamenlijk niet de gehele terrorisme problematiek. Mede daarom vervult de VN Veiligheidsraad sinds 9/11 de rol van primaire quasi-legislatieve instantie op het terrein

90 Zie paragraaf 3.2.1.ii (onder: Legitiem doel), waar onder meer ook wordt gewezen op: Council of the European Union, 'Outline of the counter-terrorism strategy for Syria and Iraq, with particular focus on foreign fighters', Brussels: General Secretariat of the Council, 16 January 2015, 5369/15, ANNEX DG C 2C; Draft Additional Protocol to the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism Strasbourg, 12 maart 2015, COD-CTE (2015) 1 prov.

91 Aangenomen door de Veiligheidsraad tijdens de 7272ste vergadering, op 24 september 2014, *U.N. Doc.* S/RES/2178 (2014).

92 M. Hmoud, 'Negotiating the Draft Comprehensive Convention on International Terrorism, Major Bones of Contention', *Journal of International Criminal Justice* 2006, vol. 4, p. 1031-1043.

93 Verdrag tegen het nemen van gijzelaars (Trb. 1981, 53); de fysieke beveiliging van kernmateriaal (Trb. 1980, 166); Voorkoming en bestraffing van misdrijven tegen internationaal beschermde personen, met inbegrip van diplomaten (Trb. 1981, 69); bestrijding van wederrechtelijke daden van geweld op luchthavens voor de internationale burgerluchtvaart (Trb. 1988, 88) en bestrijding van wederrechtelijke gedragingen gericht tegen de veiligheid van vaste platforms op het continentale plat (Trb. 1989, 18).
Zie algemeen L. van den Herik & N. Schrijver (red.), *Counter-Terrorism Strategies in a Fragmented International Legal Order*, Cambridge: Cambridge University Press 2015; B. Saul (red.), *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Edward Elgar Publishing 2014; G. Guillaume, 'Terrorism and International Law', *International and Comparative Law Quarterly* 2004, vol. 53, p. 537-548; R. Higgins, The General International Law of Terrorism, in: R. Higgins & M. Flory (red.), *Terrorism and International Law*, London: Routledge 1997.

van terrorisme.[94] Voormelde UNSC Resolution 2178 (2014) heeft betrekking op internationale reizen, rekrutering en training van 'foreign terrorist fighters'. Wij citeren nogmaals de kernparagraaf daaruit:

> 'The Security Council […] 6. Recalls its decision, in resolution 1373 (2001), that all Member States shall ensure that any person who participates in the financing, planning, preparation or perpetration of terrorist acts or in supporting terrorist acts is brought to justice, and decides that all States shall ensure that their domestic laws and regulations establish serious criminal offenses sufficient to provide the ability to prosecute and to penalize in a manner duly reflecting the seriousness of the offense:
> (a) their nationals who travel or attempt to travel to a State other than their States of residence or nationality, and other individuals who travel or attempt to travel from their territories to a State other than their States of residence or nationality, for the purpose of the perpetration, planning, or preparation of, or participation in, terrorist acts, or the providing or receiving of terrorist training […]'.

De vraag is wat ingevolge UNSC Resolution 2178 (2014) strafbaar dient te zijn gesteld. In de eerste plaats vereist de resolutie niet de strafbaarstelling van het enkele 'vrijwillig verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied'. Het gaat immers om (de poging tot) reizen. De vereiste strafbaarstelling richt zich dus niet op het 'verblijven' op een terroristische grondgebied maar op het reizen ernaar toe. Bovendien is dit beperkt tot reizen 'met als doel' de 'perpetration, planning, or preparation of, or participation in, terrorist acts, or the providing or receiving of terrorist training'. Ten tweede vereist de resolutie niet dat staten extraterritoriale rechtsmacht vestigen betreffende buitenlandse territoria die onder controle staan van terroristische organisaties. Ook daarvoor telt dat het om strafbaarstelling van 'reizen of de poging tot reizen' gaat, terwijl alleen staatsburgers ('nationals') en dus niet ook buitelanders onder de strafbepaling hoeven te vallen. Wel dient het 'reizen of de poging tot reizen' met – kort gezegd – terroristische bedoelingen op zodanige wijze kunnen worden vervolgd en bestraft dat dit

94 Zie o.a. Resolutie 1267 (1999), Resolutie 1988 (2011), Resolutie 1989 (2011); Resolutie 2170 en 2178 (2014) (http://www.un.org/sc/committees/1267/) (laatst bezocht : 1 juli 2015). L. Ginsborg, 'The United Nation's Security Council's Counter-Terrorism Al-Qaida Sanctions Regime: Resolution 1267 and the 1267 Committee', in: B. Saul (red.), *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2014, p. 608-625; J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 452; A. Bianchi, 'Assessing the Effectiveness of the UN Security Council's Anti-Terrorism Measures: The Quest for Legitimacy and Cohesion', *European Journal of International Law* 2006, vol. 17, p. 881-920; E. Rosand, 'The UN-Led Multilateral Institutional Response to Jihadist Terrorism: Is a Global Counter-terrorism Body Needed?', *Conflict and Security Law* 2006, vol. 11, p. 399-427.

de ernst van het feit reflecteert. Op welke manier staten dit bewerkstellingen ligt binnen de discretie van de desbetreffende staat.[95] Implementatie van de resolutie via de overwogen gebiedsstrafbaarstelling is in zoverre mogelijk (zie evenwel verderop) maar zeker niet verplicht. Aldus zou er ook ruimte kunnen zijn om te kiezen voor een systeem van uitreis- en verblijfsvisa dat wordt ondersteund door strafbaarstellingen, vooral nu zo'n systeem conform de resolutie zelfs uitdrukkelijker op uitreizen is gericht dan de overwogen gebiedsstrafbaarstelling.[96]

Ondertussen doet de resolutie ook niets af aan de soevereiniteitsbeginselen noch aan het volkenrecht inzake Kompetenz-Kompentz. De resolutie houdt daarover niets in. Deze bepaalt daarentegen juist wel:

> 'Member States must ensure that any measures taken to counter terrorism comply with all their obligations under international law, in particular international human rights law, international refugee law, and international humanitarian law, underscoring that respect for human rights, fundamental freedoms and the rule of law are complementary and mutually reinforcing with effective counter-terrorism measures, and are an essential part of a successful counter-terrorism effort and notes the importance of respect for the rule of law so as to effectively prevent and combat terrorism, and noting that failure to comply with these and other international obligations, including under the Charter of the United Nations, is one of the factors contributing to increased radicalization and fosters a sense of impunity'.[97]

Implementatie van strafbaarstellingen – en dus ook van rechtsmachtvestiging daarbij – zal aldus moeten passen binnen het volkenrecht in het algemeen en onder meer de internationale mensenrechten in het bijzonder. In zoverre bevestigt UNSC Resolution 2178 (2014) zelf in algemene zin dat de strafbaarstellingsverplichtingen daarin niet de belemmeringen en bezwaren kunnen neutraliseren die in hoofdstuk 3 tegen de overwogen gebiedsstraf-

---

95 Vgl. EHRM (GK) 12 september 2012, *Nada/Switzerland*, nr. 10593/08, *NJ* 2014/244 m.nt. Alkema, r.o. 176: '[T]he Court observes that the United Nations Charter does not impose on States a particular model for the implementation of the resolutions adopted by the Security Council under Chapter VII. Without prejudice to the binding nature of such resolutions, the Charter in principle leaves to UN member States a free choice among the various possible models for transposition of those resolutions into their domestic legal order. The Charter thus imposes on States an obligation of result, leaving them to choose the means by which they give effect to the resolutions (see to the same effect, *mutatis mutandis*, the *Kadi* judgment of the CJEC, § 298, paragraph 86 above).'

96 Zie paragraaf 5.5 (Systeem van uitreisvisa met afdekkende strafbaarstelling (variant VI)).

97 Zie de preambule; zie overigens ook andere overwegingen over de noodzaak om het internationaal publiekrecht en de mensenrechten in acht te nemen in de Preambule alsmede in de punten 5, 11 en 17 van de resolutie.

baarstelling naar voren kwamen. Die bevestiging is voorts in het volgende te vinden.

Zowel het EHRM als het IVBPR Mensenrechtencomité onderstreept dat staten zich ook bij implementatie van resoluties van de VN Veiligheidsraad aan de internationale mensenrechtelijke verplichtingen moeten houden.[98] In *Al-Dulimi/Switzerland* bepaalt het Europees Hof dat zelfs indien verplichtingen in VN-resoluties geen discretionaire ruimte voor implementatie laten aan staten, deze '[s]tates nevertheless remain responsible under the Convention for all acts and omissions of their organs stemming from domestic law or from the necessity to comply with international legal obligations'.[99]

Tot slot verdient in dit verband ook het recente 'Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism' aandacht.[100] Daarin refereert de Commissioner aan de zojuist geciteerde mensenrechtenclausule in UNSC Resolution 2178 (2014) en wijst hij uitdrukkelijk op de relevantie voor die resolutie van het recht op een eerlijk proces, de presumptie van onschuld, het recht op bewegingsvrijheid in art. 12 IVBPR, het recht tegen arbitraire ontneming van het staatsburgerschap/nationaliteit, het recht op de vrijheden van geloofsovertuiging, meningsuiting en vereniging, en het recht op privéleven. Verder merkt de Commissioner uitdrukkelijk op dat implementatie van de resolutie dient te voldoen aan het legaliteitsbeginsel in art. 15 IVBPR. In verband daarmee stelt hij:

> 'This requires that the imposition of criminal liability be limited to clear and precise provisions so as to respect the principle of certainty of the law and ensure that it is not subject to interpretation, which would unduly broaden the scope of the proscribed conduct. Overly vague or broad definitions of terrorism would not meet this requirement and may be used by States as a means to cover peaceful acts, to discriminate against particular individuals or groups or to limit any sort of political opposition.'[101]

98 HRC 22 oktober 2008, *Sayadi and Vinck/Belgium*, Comm. 1472/2006, r.o. 7.2 ('While the Committee could not consider alleged violations of other instruments such as the Charter of the United Nations, or allegations that challenged United Nations rules concerning the fight against terrorism, the Committee was competent to admit a communication alleging that a State party had violated rights set forth in the Covenant, regardless of the source of the obligations implemented by the State party.').

99 EHRM 26 november 2013, *Al-Dulimi and Montana Managements Inc./Switzerland*, nr. 5809/08, r.o. 114 (momenteel aanhangig bij de Grote Kamer).

100 Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, 19 December 2014, *U.N. Doc.* A/HRC/28/28, par. 48, 49 en 55.

101 Idem, par. 48.

> 'It should not be presumed, for example, that every individual travelling to an area of conflict has criminal intent or is supporting or engaging in criminal terrorist activity.'[102]

Ook volgens de Commissioner houdt UNSC Resolution 2178 (2014) dus niet de verplichting in om de strafbaarheid te garanderen van eenieder die naar een terroristisch territorium gaat ongeacht de beweegredenen van het individu daarvoor. Een strafbaarstelling die daarin wel voorziet acht hij zelfs niet houdbaar vanuit de mensenrechten. Aldus lijkt er in zijn opvatting geen plaats voor de overwogen gebiedsstrafbaarstelling voor zover die ook zonder meer betrekking heeft op personen die geen terroristische bedoelingen of betrokkenheid hebben. Dit geeft verder steun aan onze conclusies in hoofdstuk 3 inzake de mensenrechtelijke parameters. Hier belangrijker is dat het rapport van de Commissioner daarmee ook bovenstaande conclusie bevestigt dat UNSC Resolution 2178 (2014) niet verplicht tot invoering van een strafbaarstelling als de overwogen gebiedsstrafbaarstelling. En voorts dat in achtneming van die resolutie ruimte laat om te bezien of invoering van een systeem van uitreis- en verblijfsvisa dat wordt ondersteund door strafbaarstellingen mogelijk en wenselijk is.[103] Overigens volgt uit zijn rapport dat ook zo'n systeem tot beperking van mensenrechten zal leiden en dus moet zijn voorzien bij wet, een legitiem doel moet nastreven en noodzakelijk voor dat doel moet zijn (het klassieke toetsingsschema[104]).

4.5 Conclusie

De overwogen strafbaarstelling van 'vrijwillig verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' ligt in de sfeer van internationale instrumenten ter bestrijding van terrorisme en 'foreign terrorist fighters' als UNSC Resolution 2178 (2014). Ook uit die resolutie vloeit echter geenszins de verplichting voort om een strafbepaling als de overwogen gebiedsstrafbaarstelling in te voeren en evenmin om extraterritoriale rechtsmacht te vestigen betreffende buitenlandse territoria die onder controle staan van terroristische organisaties. Omdat de resolutie bovendien niets afdoet aan de volkenrechtelijke beginselen inzake de soevereiniteit van staten en de vestiging van extraterritoriale rechtsmacht, blijft het de vraag of invoering van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling gelet op die beginselen wel toelaatbaar is.

102 Idem, par. 49.
103 Zie paragraaf 5.5 (Systeem van uitreisvisa met afdekkende strafbaarstelling (variant IV)).
104 Zie o.a. paragraaf 3.2.1, onder ii (Voorwaarden voor beperking van het recht).

Van belang is dan dat doordat de overwogen gebiedsstrafbaarstelling betrekking heeft op territoria die tot andere soevereine staten behoren, zodat het hier gaat om legislatieve extraterritoriale rechtsmachtvestiging, invoering van die strafbaarstelling de soevereiniteit van die andere staten zou raken. Daarbij komt dat de strafbaarstelling de situatie op het territorium van die andere staat zelfs daadwerkelijk kan beïnvloeden. Het volkenrecht impliceert echter geen harde of absolute belemmering voor de invoering van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling. Noch het algemene beginsel van soevereine gelijkheid van staten noch de meer specifieke beginselen van territoriale integriteit en non-interventie vormen daarvoor een blokkade. Dat is evenmin het geval wanneer men het beziet vanuit de rechtsmachtbeginselen die samenhangen met het leerstuk van de Kompetenz-Kompetenz, dat ziet op de macht om rechtsmacht te creëren. Bij deze algemene conclusie gelden echter twee wezenlijke reserveringen.

De eerste is dat extraterritoriale rechtsmachtvestiging met de overwogen gebiedsstrafbaarstelling weliswaar niet is verboden, maar dat wil niet zeggen dat die vestiging ook onomstreden of onproblematisch zal zijn. Er doet zich namelijk wel degelijk een spanning voor met de soevereiniteit van de andere staat en met het volkenrechtelijke rechtsmachtrecht waarin territorialiteit centraal staat en extraterritoriale rechtsmachtvestiging als uitzondering geldt. De overwogen strafbaarstelling raakt de soevereiniteit van de andere staat uiteindelijk principieel, juridisch en praktisch. Deze impliceert bovendien een waardeoordeel over die staat. Juist omdat de eigen soevereiniteit voor elke staat een zeer gevoelig onderwerp is, dient extraterritoriale rechtsmachtvestiging hooguit vanwege reële belangen en weloverwogen plaats te vinden. Daarbij telt ook dat wanneer een staat op bijzondere wijze extraterritoriale jurisdictie claimt, zoals bij invoering van de overwogen strafbaarstelling zou gebeuren, dit invloed kan hebben op de verdere ontwikkeling van het volkenrecht. Het kan dan ook betekenen dat die staat – hier: Nederland – zal moeten accepteren dat vervolgens jegens haarzelf ook andere staten op soortgelijke wijze rechtsmacht claimen. De vraag is dus of de overwogen gebiedsstrafbaarstelling het waard is om juridische en politieke spanningen in de internationale verhoudingen met andere staten op te wekken.

De tweede reservering is dat bij mensenrechten die tot het gewoonterecht behoren en een belemmering zijn voor invoering van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling (zie hoofdstuk 3), er rekening mee moet worden gehouden dat in zoverre wel een verbod zou kunnen bestaan om voor het strafbaar gestelde feit extraterritoriale rechtsmacht te vestigen. Dat zou dan vooral problematisch kunnen zijn voor zover de strafbaarstelling zich ook uitstrekt over personen die door de strafbaarstelling daadwerkelijk wezenlijk in de uitoefening van mensenrechten worden beperkt terwijl zij geen terroristische betrokkenheid of intenties hebben. Los daarvan zou het doen uitstrekken van de strafbaarstelling over dergelijke personen spanningen opleveren met diverse uitgangspunten van rechtsmachtvestiging. Meer in het

bijzonder is dat het geval vanwege de 'none of your business rule', het signaal van inadequate wetgeving en/of handhaving in het andere land en het gebrek aan een adequate rechtsmachtgrondslag doordat het universaliteitsbeginsel en het beschermingsbeginsel de strafmachtsvestiging omtrent dergelijke personen moeilijk kunnen rechtvaardigen.

De spanningen tussen de overwogen gebiedsstrafbaarstelling en volkenrechtelijke beginselen inzake de soevereiniteit van staten en de vestiging van extraterritoriale rechtsmacht enerzijds, en de ruimte die internationale instrumenten zoals UNSC Resolution 2178 (2014) laten om invulling te geven aan verplichtingen tot strafrechtelijke bestrijding van terrorisme en 'foreign terrorist fighters' anderzijds, vormen ernstige redenen om naar een alternatief voor de overwogen gebiedsstrafbaarstelling te zoeken. Mogelijk is dat alternatief gelegen in een – kort in hoofdstuk 5 te behandelen – systeem van uitreis- en verblijfsvisa dat wordt ondersteund door strafbaarstellingen.

5 Synthese, beoordeling en conclusies

5.1 Inleiding

Een bijzonder fenomeen in relatie tot terrorisme en jihadisme is het door zogenoemde 'foreign terrorist fighters' afreizen naar door terroristische organisaties gecontroleerde territoria (terroristische 'no go zones') en het daarna terugkeren naar het land waar zij woonachtig zijn. Gelet op de risico's die dit veroorzaakt heeft dit de volle aandacht, zowel in Nederland[1] en andere staten[2] als op Europees[3] en internationaal[4] niveau. In het Nederlandse parlement is in dit verband de gedachte gerezen om te komen tot strafbaarstelling van 'vrijwillig verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied'.[5] De ratio daarvan is 1. tegengaan van de aansluiting van Nederlanders bij terroristische organisaties, deelname aan gewapende strijd en jihadisme, 2. bescherming van de Nederlandse veiligheid, en 3. het aanhouden, verhoren en vervolgen van elke teruggekeerde jihadreiziger mogelijk maken.

Dit onderzoek heeft betrekking op de vraag in hoeverre kan worden gekomen tot een passende strafbaarstelling van 'vrijwillig verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' gelet op de fundamentele strafrechtelijke beginselen van legaliteit, daadstrafrecht en wederrechtelijkheid (strafrechtelijke parameters), de relevante internationale mensenrechten, in het bijzonder het recht om het land te verlaten, het recht op

---

1 Zie o.a. *Actieprogramma Integrale Aanpak Jihadisme. Overzicht maatregelen en acties*, Ministerie van VenJ/NCTV/Ministerie van SZW, 29 augustus 2014.

2 Zie ter illustratie het overzicht in: P. Bąkowski & L. Puccio, '"Foreign fighters". Member States' responses and EU action in an international context' (Briefing), European Parliament/European Parliamentary Research Service (EPRS), February 2015, p. 6-11 (beschikbaar via: http://www.europarl.europa.eu/EPRS/EPRS-Briefing-548980-Foreign-fighters-FINAL.pdf) (laatst bezocht: 1 juli 2015); en L. Vidino, *Foreign Fighters: An Overview of Responses in Eleven Countries*, Zurich: Center for Security Studies (CSS), 2014.

3 Zie bijv. Council of the European Union, 'Outline of the counter-terrorism strategy for Syria and Iraq, with particular focus on foreign fighters', Brussels: General Secretariat of the Council, 16 January 2015, 5369/15, ANNEX DG C 2C.

4 Zie o.a. U.N. Security Council (UNSC) Resolution 2178 (2014), aangenomen door de Veiligheidsraad tijdens de 7272ste vergadering, op 24 september 2014, *U.N. Doc.* S/RES/ 2178 (2014).

5 *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 000 IV, nr. 30 (Motie-Dijkhoff/Oskam); zie nader paragraaf 1.1 (Aanleiding en doelstelling van het onderzoek).

privé- en familieleven, het recht op geloofsovertuiging c.q. religie en het recht op vrijheid van meningsuiting uit vooral het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) (mensenrechtelijke parameters), en de internationaal publiekrechtelijke beginselen van soevereiniteit, van territoriale integriteit en inzake de bevoegdheid tot het vestigen van strafrechtelijke rechtsmacht (volkenrechtelijke parameters). In de voorgaande hoofdstukken is de overwogen gebiedsstrafbaarstelling aan deze verschillende parameters getoetst. Dit laatste hoofdstuk biedt een synthese van de bevindingen en conclusies uit het voorgaande.

De voorgaande hoofdstukken worden hier dus niet slechts nog eens samengevat, maar de conclusies en bevindingen daaruit worden op elkaar betrokken en nader toegespitst. Dit gebeurt door te onderscheiden tussen vier varianten voor strafbaarstelling van uitreizen naar en/of verblijven op een terroristisch territorium. De behandeling van elk van de vier varianten vindt plaats vanuit de belangrijkste bezwaren en belemmeringen en niet vanuit achtereenvolgens de verschillende parameters. Bij de synthetisering die dit moet opleveren wordt voor elk van de vier varianten bovendien steeds kort bezien in hoeverre invoering van die variant toegevoegde waarde zou kunnen hebben ten opzichte van andere reeds bestaande strafbaarstellingen. Het gaat dan in het bijzonder om delicten als art. 101-102 (treden in vreemde krijgsdienst en hulpverlening aan de vijand) al dan niet jo art. 107a Sr (overeenkomstige toepassing van art. 100 sub 2° Sr en de artt. 101-107 Sr in geval van een gewapend conflict dat niet als oorlog kan worden aangemerkt en waarbij Nederland is betrokken, hetzij ter individuele of collectieve zelfverdediging, hetzij tot herstel van internationale vrede en veiligheid), art. 134a Sr (voorbereiding en training terrorisme), art. 140a Sr (deelneming aan terroristische organisatie) en art. 205 Sr (aanwerven voor gewapende strijd), al dan niet in relatie tot poging in de zin van art. 45 Sr en voorbereiding in de zin van art. 46 Sr. Het gaat er hier overigens niet om deze andere strafbaarstellingen als zodanig te beoordelen; deze komen slechts aan de orde voor zover dat nodig is ter beoordeling van de gebiedsstrafbaarstelling.

Bij de toetsing aan de verschillende strafrechtelijke parameters manifesteert 46 Sr, samenspanning in de zin van art. 80 en/of deelneming in de zin van art. 47 zich als belangrijke handicap dat een concrete specifieke strafbaarstelling of een conceptvoorstel daartoe in elk geval tijdens de uitvoering van dit onderzoek niet beschikbaar was. Daardoor is het ook niet mogelijk om navolgende toetsing op een specifieke delictsomschrijving en op specifieke delictsbestanddelen te richten. Wel valt te onderscheiden tussen de volgende componenten:

1. een 'grondgebied' dat onder 'controle' staat,
2. welke controle door een 'terroristische organisatie' wordt uitgeoefend, en
3. op welk grondgebied sprake is van een 'verblijf' dat 'vrijwillig' is,

4. terwijl bijvoorbeeld 'journalisten' daarbij van strafrechtelijke aansprakelijkheid dienen te zijn uitgesloten.

In plaats van op vaststaande gespecificeerde bestanddelen en een specifieke delictsomschrijving, richt de toetsing in voorgaande hoofdstukken en in het navolgende zich op deze componenten.

5.2 ONGECLAUSULEERDE GEBIEDSSTRAFBAARSTELLING (VARIANT I)

Een eerste variant is om 'het vrijwillig verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' ongeclausuleerd strafbaar te stellen. Dit betekent dat de strafbaarstelling dan algemeen geldt voor eenieder waarop de Nederlandse strafwet van toepassing is, waarbij de strafbaarstelling geen bestanddelen bevat die materiële wederrechtelijkheid tot uitdrukking brengen, terwijl evenmin is voorzien in een exceptie door een abstracte dan wel gespecificeerde bijzondere strafuitsluitingsgrond. Bovendien houdt het in dat de strafbaarstelling op elk territorium ziet dat onder controle staat van terroristen en dat het delict dus niet is geclausuleerd tot bepaalde (bijvoorbeeld op een lijst aangeduide) van zulke grondgebieden. Pas eerst wanneer de vraag naar toepassing van de strafbaarstelling jegens een concreet individu daadwerkelijk voorligt – zoals in verband met dwangmiddeltoepassing, vervolging of veroordeling – kan worden bezien of die toepassing jegens het desbetreffende individu is gerechtvaardigd. Maar daarvoor heeft de enkele gelding van de ongeclausuleerde strafbaarstelling reeds als effect dat ook personen – waaronder journalisten – die niet bijdragen aan de terroristische organisatie noch anderszins materieel wederrechtelijk handelen in de terroristische 'no go zone' en daartoe ook niet de intentie hebben, worden belemmerd om naar door terroristen bezette gebieden toe te gaan en daar te verblijven. Personen waar het hier naast journalisten om kan gaan, zijn onder meer bezoekers van familieleden, zakenlieden en ondernemers, eigenaren van onroerend goed of andere bezittingen ter plaatsen, personen die financiële belangen in het gebied hebben, personen die om juridische redenen in het gebied moeten zijn, personen die bona fide religieuze beweegredenen hebben om in of door het gebied te komen, politici, archeologen, wetenschappers, avonturiers, vakantiegangers, quasi journalisten, vertegenwoordigers van niet-gouvernementele mensenrechtenorganisaties, hulpverleners en bemiddelaars bij onder meer ontvoeringen of voor een wapenstilstand. Wanneer dergelijke personen toch naar het terroristisch grondgebied afreizen of daar verblijven, moeten zij afwachten of zij later tegen een strafrechtelijk onderzoek, dwangmiddelen, een vervolging of een veroordeling aanlopen.

5.2.1 Toegevoegde waarde ten opzichte van bestaande strafbaarstellingen

Ingeval iemand naar een terroristisch grondgebied afreist of daar verblijft om bij te dragen aan de terroristische organisatie die het grondgebied controleert, handelt diegene in de sfeer van delicten als art. 101-102 (treden in vreemde krijgsdienst en hulpverlening aan de vijand) al dan niet jo art. 107a Sr (overeenkomstige toepassing van art. 100 sub 2° Sr en de artt. 101-107 Sr in geval van een gewapend conflict dat niet als oorlog kan worden aangemerkt en waarbij Nederland is betrokken, hetzij ter individuele of collectieve zelfverdediging, hetzij tot herstel van internationale vrede en veiligheid), art. 134a Sr (voorbereiding en training terrorisme), art. 140a Sr (deelneming aan terroristische organisatie) en art. 205 Sr (aanwerven voor gewapende strijd), al dan niet in de vorm van een strafbare poging conform art. 45 Sr, een strafbare voorbereiding in de zin van art. 46 Sr, samenspanning als bedoeld in art. 80 Sr en/of deelneming op de voet van art. 47 Sr. Al deze strafbaarstellingen hebben gemeen dat zij uitsluitend betrekking hebben op personen van wie de intentie zich richt op terrorisme, op de gewapende strijd of op activiteiten die Nederlandse belangen krenken. Dat betekent dan ook dat aanwending van dwangmiddelen (waaronder aanhouding, verhoor en vervolging) op titel van deze delicten slechts mogelijk is bij het bestaan van een verdenking (of bij sommige dwangmiddelen aanwijzingen[6]) van terroristische of anderszins materieel wederrechtelijke gedragingen of intenties.

Van zodanige beperkingen is nu juist geen sprake bij een ongeclausuleerde gebiedsstrafbaarstelling, aangezien daaronder naast op terrorisme gerichte personen ook individuen vallen die geen terroristische of anderszins misdadige handelingen verrichten of bedoelingen hebben. Voor de autoriteiten biedt een ongeclausuleerde gebiedsstrafbaarstelling aldus ruime mogelijkheden voor een strafvorderlijke en strafrechtelijke aanpak van eenieder die vrijwillig verblijft op een 'door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' of die tot zodanig verblijven een poging doet, daartoe voorbereidingen treft of daaraan deelneemt (bij een dergelijke algemene strafbaarstelling zijn immers onder meer ook art. 45 Sr, art. 46 Sr en art. 47 Sr toepasbaar). In dit opzicht verschaft een ongeclausuleerde gebiedsstrafbaarstelling dus duidelijk meer mogelijkheden om het fenomeen van de jihadganger c.q. 'foreign terrorist fighter' en de aansluiting bij in het buitenland opererende terroristische organisaties te controleren. Die meerwaarde ligt niet zo zeer in het kunnen aanpakken van personen tegen wie vermoedens bestaan van betrokkenheid bij terrorisme of de intentie daartoe. Dat zal doorgaans ook mogelijk zijn met toepassing van voormelde bestaande strafbepalingen. De meerwaarde uit zich vooral in de mogelijkheid dat iedereen kan

6 Zie o.a. WvSv, Titel VB (Bijzondere bevoegdheden tot opsporing van terroristische misdrijven).

worden aangehouden en aan verhoor en dwangmiddelen kan worden onderworpen, en daarmee mogelijk dus ook personen bij wie er nog geen aanwijzingen zijn voor betrokkenheid bij terrorisme of de intentie daartoe, terwijl zij zulke betrokkenheid of intentie feitelijk wel hebben. Deze mogelijkheid bestaat overigens ook bij andere varianten, zoals hierna bij de bespreking daarvan nog zal blijken.

5.2.2 Beoordeling ongeclausuleerde gebiedsstrafbaarstelling

Ongeclausuleerde strafbaarstelling van 'het vrijwillig verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' stuit op serieuze bezwaren en belemmeringen vanuit alle parameters, zoals hierna duidelijk zal worden. Sommige van deze parameters verzetten zich in dusdanige mate zelfstandig tegen de ongeclausuleerde strafbaarstelling, dat reeds daarom dient te worden geconcludeerd dat voor invoering ervan geen plaats is. Dit geldt in het bijzonder voor het de strafrechtelijke parameters en het recht om het land te verlaten. Wanneer de verschillende bezwaren in samenhang met elkaar worden bezien, versterkt dit bovenstaande conclusie nog aanzienlijk.

Kwaliteit strafbaarstelling: duidelijkheid, specificiteit, voorzienbaarheid
Volgens de uit het legaliteitsbeginsel voorvloeiende lex certa-vereisten van art. 1 Sr en art. 7 EVRM dienen strafbepalingen zo *duidelijk* en *specifiek* mogelijk te zijn geformuleerd en moeten zij *voorzienbaar* zijn in hun toepassing. Diezelfde eisen komen naar voren bij de uit het klassieke toetsingsschema voortvloeiende voorwaarde dat de beperking van een mensenrecht dient te zijn voorzien bij de wet. Deze voorwaarde manifesteert zich onder meer indien de gelding van de gebiedsstrafbaarstelling of de toepassing ervan inbreuk maakt op het recht op bewegingsvrijheid c.q. het recht om het land te verlaten (art. 2 Vierde Protocol EVRM, art. 12 IVBPR), het recht op privé- en familieleven (art. 8 EVRM, art. 17 IVBPR), het recht op vrijheid van geloofsovertuiging c.q. religie (art. 9 EVRM, art. 18 IVBPR) en het recht op vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM, art. 19 IVBPR).

In dit verband leveren de componenten 'vrijwillig', 'verblijf' en 'grondgebied' geen onhanteerbare moeilijkheden op. Dat ligt anders voor 'controle' en 'terroristische organisatie'. Weliswaar kunnen ook deze componenten voldoende duidelijk en specifiek worden vormgegeven in een strafbepaling, maar zij kunnen onvoorzienbaar zijn in hun toepassing. Dat geldt in het bijzonder voor de component 'controle'. Wanneer in concrete situaties sprake is van controle, is als zodanig weinig scherp doordat dit concept niet steunt op vast en duidelijk kader van criteria en vooral een feitelijke casuïstische beoordeling vergt. Zeker wanneer in een specifiek territorium sprake is van instabiele, wisselende en/of zich over het grondgebied verschuivende controle, zal voor een individu moeilijk voorzienbaar zijn of de plaats waar hij verblijft of wenst te verblijven, kan worden aangemerkt als een 'door een terroristische

organisatie gecontroleerd grondgebied'. Iets soortgelijks gaat op voor de component 'terroristische organisatie', die in de context van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling anders functioneert dan in het kader van bijvoorbeeld art. 140a Sr. Een belangrijk verschil is dat ingeval van een ongeclausuleerde gebiedsstrafbaarstelling, deze ook ziet op personen die juist niet aan de terroristische organisatie deelnemen en aldus ook minder zicht daarop hebben. Bovendien staat niet algemeen vast welke in het buitenland opererende entiteiten als terroristische organisaties kwalificeren. Voorts zijn er wereldwijd heel wat gebieden die onder controle of invloed van terroristische organisaties staan. In zoverre kan de reikwijdte van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling groter zijn dan goed valt te overzien en dan wenselijk is gezien het specifiteitsvereiste. Een en ander betekent dat de toepasselijkheid van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling in een concrete zaak onder omstandigheden onvoldoende voorzienbaar zal zijn bij een ongeclausuleerde strafbaarstelling (zie verderop de mogelijkheid van clausulering via gebruikmaking van een lijst waarnaar de strafbaarstelling verwijst).

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat een ongeclausuleerde gebiedsstrafbaarstelling bezwaarlijk is gelet op de vereisten van duidelijkheid, specificiteit en vooral voorzienbaarheid. Dit betekent dat het vanuit zowel het lex certa-beginsel (strafrechtelijke parameter) als het 'voorzien bij wet'- vereiste (mensenrechtelijke parameter) niet wenselijk is in een ongeclausuleerde gebiedsstrafbaarstelling te voorzien.

Reikwijdte strafbaarstelling: alle terroristische gebieden ('no go zones')

Onder een ongeclausuleerde gebiedsstrafbaarstelling vallen wereldwijd alle gebieden die onder controle of invloed van terroristische organisaties staan. Dat zijn er tamelijk veel. Zoals opgemerkt betekent dit dat de strafbaarstelling in dit opzicht een tamelijk grote reikwijdte zou hebben, wellicht ook groter dan gelet op de ratio van de strafbaarstelling nodig en nuttig is en dan velen zich realiseren. In zoverre is er dan spanning met het wederrechtelijkheidsbeginsel en het daarmee samenhangende uitgangspunt dat zorgvuldige en terughoudende inzet van het strafrecht is aangewezen (vlg. het ultimum remedium-beginsel).

Daarnaast telt dat hoe groter de reikwijdte van de strafbaarstelling wat betreft eronder vallende buitenlandse gebieden is, hoe sterker de spanning met de volkenrechtelijke parameters. In het bijzonder zijn dan van belang het beginsel van soevereine gelijkheid van staten en het axioma dat extraterritoriale rechtsmachtvestiging in het rechtsmachtrecht als uitzondering geldt. Sprake is immers van strafbaarstelling die zich in principe richt op een gedraging ('verblijven') waarvan de voltooiing plaatsvindt op territoria van andere soevereine staten. De primaire gerichtheid van de strafbepaling leidt al-

dus rechtstreeks tot inmenging jegens het grondgebied van andere staten: daar mogen allerlei personen immers niet meer verblijven.[7]

Daarmee is er ook een belangrijk verschil met strafbaarstellingen waarbij Nederland ook vervolgingsrechtsmacht heeft indien overtreding ervan in het buitenland plaatsvindt. Dan geldt immers ofwel dat de strafbaarstelling zich primair richt op in Nederland (of op Nederlandse schepen, vaartuigen, luchtvaartuigen e.d.) begane gedragingen, maar tot een uitbreiding van de territoriale gelding van de strafbepaling komt via de rechtsmachtregeling;[8] ofwel dat Nederland vanwege internationale verplichtingen gehouden is om zodanige strafbaarstelling in te voeren; ofwel dat de strafbepaling zich de facto juist wel primair richt op in het buitenland begane gedragingen, maar dat het daarbij gaat om gedragingen die rechtstreeks relevant (bedreigend) zijn voor Nederland (vgl. art. 101 Sr (jo art. 107 Sr) inzake het in buitenlandse krijgsdienst treden). Van geen van deze varianten is bij de overwogen gebiedsstrafbaarstelling sprake, voor zover deze het enkele 'vrijwillige verblijf' in een buitenlands gebied strafbaar stelt.

Reikwijdte strafbaarstelling: ook personen zonder terroristische bijdrage of intentie
Gelet op de ratio van de gebiedsstrafbaarstelling richt deze zich tegen personen die aan bijvoorbeeld het bestaan, de gebiedscontrole of de strijd van de terroristische organisatie bijdragen of beogen bij te dragen. De ongeclausuleerde strafbaarstelling strekt zich niettemin ook uit over allerlei personen die niet bijdragen aan de terroristische organisatie noch anderszins materieel wederrechtelijk handelen in het terroristische territorium en daartoe ook niet de intentie hebben (zie de voorbeelden aan het begin van paragraaf 5.2 of in paragraaf 1.3). Op dit punt stuit de strafbaarstelling op belemmeringen vanuit verschillende parameters.

Dat is ten eerste het geval op grond van het *daadstrafrechtbeginsel*. Dit beginsel houdt in dat alleen strafbaarheid kan worden gevestigd voor waarneembare gedragingen die direct of indirect strafwaardig zijn te achten, en dat in elk geval noch 'het enkel zijn' noch 'alleen gedachten' strafbaarheid kunnen opleveren. Ingeval de gedraging niet op zichzelf strafwaardig is, zal die in elk geval van zodanige betekenis moeten zijn dat verwezenlijking van een wel strafwaardige gedraging of strafrechtelijk relevante situatie daadwerkelijk realistischer wordt. Daarvan zal in beginsel geen sprake zijn bij personen zonder terroristische bijdrage of intentie.

In lijn hiermee verzet ook het *wederrechtelijkheidsbeginsel* zich tegen een ongeclausuleerde gebiedsstrafbaarstelling. Volgens dit beginsel kan alleen

7 Wel is het bij strafbare poging (art. 45 Sr) en strafbare voorbereiding (art. 46 Sr) mogelijk dat de gedragingen die tot strafbaarheid leiden zich op Nederlands grondgebied hebben voorgedaan.

8 Zie de artt. 3 t/m 8d Sr.

gedrag dat materieel wederrechtelijk is tot strafrechtelijke aansprakelijkheid leiden. Daarbij zal naarmate de wederrechtelijkheid van gedrag minder evident is, overtuigender dienen te worden toegelicht waarom strafbaarstelling van dat gedrag niettemin is aangewezen ter bestrijding of voorkoming van onrecht. Bij gebrek aan zodanige overtuigende motivering zal wat betreft het wederrechtelijkheidsbeginsel strafbaarstelling achterwege moeten blijven. Een dergelijke motivering is moeilijk denkbaar voor zover de gebiedsstrafbaarstelling zich ook uitstrekt over personen die geen bijdrage leveren aan de terroristische organisatie en ook niet de intentie daartoe hebben. In die gevallen is de materiële wederrechtelijkheid van het verblijf op het gebied – in de zin van voldoende substantieel onrecht, verwerpelijkheid, schadelijkheid enzovoort – zowel direct als concreet indirect moeilijk aanwijsbaar. Het is juist ook op dit punt dat de ongeclausuleerde gebiedsstrafbaarstelling wezenlijk verstrekkender is dan zogenaamde voorfasedelicten als art. 46 Sr, art. 80a Sr, art. 134a Sr en 140a Sr. Bij deze delicten vindt de mogelijk beperkte of zelfs afwezige materiële wederrechtelijkheid van de gedraging als zodanig immers wel een zekere compensatie in de kwade intentie waarmee de gedraging plaatsvindt.

Voor de vaststelling dat moeilijk overtuigend valt te motiveren waarom een ongeclausuleerde strafbaarstelling ondanks de spanning met het wederrechtelijkheidsbeginsel – en ook het daadstrafrechtbeginsel – is aangewezen, telt bovendien dat zodanige maatregel op problemen stuit vanuit de vereisten van proportionaliteit, subsidiariteit en effectiviteit. Immers: zelfs indien men oordeelt dat een ongeclausuleerde maatregel nodig is om verblijf op een terroristisch grondgebied door wel op terrorisme gerichte personen adequaat te kunnen aanpakken, zijn de doelen van de strafbaarstelling ook met een minder verstrekkende maatregel realiseerbaar (zie verderop paragraaf 5.5).

Wat betreft de mensenrechten is hier relevant dat een gebiedsstrafbaarstelling in potentie heel wat fundamentele rechten beperkt. Reeds de enkele gelding van een gebiedsverbod veroorzaakt een inbreuk op – dat is nog geen schending – op het recht op vrijheid van beweging c.q. het recht om het land te verlaten (art. 2 lid 2 Vierde Protocol EVRM, art. 12 lid 2 IVBPR). Dat geldt althans jegens eenieder die binnen de reikwijdte van de Nederlandse strafwet valt en op een door de strafbaarstelling verboden gebied wenst te verblijven. Onder specifieke omstandigheden kan de strafbaarstelling daarenboven inbreuk maken op een of meer van de andere mensenrechten, zoals het recht op privé- en familieleven, het recht op geloofsovertuiging en het recht op vrijheid van meningsuiting.

Indien het daarbij om een ongeclausuleerde gebiedsstrafbaarstelling gaat, zodat ook personen zonder terroristische bijdrage of intentie binnen het bereik ervan liggen, stuit dit vooral op bezwaren vanuit het vereiste dat de inbreuk *noodzakelijk in een democratische samenleving* dient te zijn. Om aan deze voorwaarde te voldoen is vereist dat de strafbaarstelling proportioneel, subsidiair en effectief aangaande het beoogde doel is. Op alle drie deze sub-

vereisten rijzen er belemmeringen. Wat betreft het *proportionaliteitsvereiste* en het *subsidiariteitsvereiste* is namelijk bezwaarlijk dat de strafbaarstelling voor onbepaalde tijd en mogelijk voor lange duur de keuze beperkt voor burgers om naar bepaalde landen af te reizen. Dat zal sterker gelden naarmate de rechtens te aanvaarden redenen voor een individu om naar een verboden gebied af te reizen of daar te verblijven zwaarwegender zijn en de redenen om dat aan dat concrete individu te verbieden zwakker. Meer procedureel speelt bovendien het probleem dat bij een dergelijke strafbaarstelling niet de mogelijkheid bestaat van een *geïndividualiseerde periodieke toetsing* noch van een *geïndividualiseerde rechterlijke toetsing* van de toelaatbaarheid van de uitreisbeperking jegens een individu dat daardoor wordt geraakt. De automatische werking van de gebiedsstrafbaarstelling (een strafbaarstelling impliceert een algemeen verbod) biedt immers geen ruimte voor het in beschouwing nemen van de individuele omstandigheden van het geval. Omtrent het *effectiviteitsvereiste* is van belang dat de gebiedsstrafbaarstelling in beginsel niet de veiligheid van Nederland verhoogt voor zover deze zich ook uitstrekt over personen zonder terroristische bijdrage of intentie.

Als het gaat om journalisten komt hier nog bij – maar overigens ook voor anderen die een belangrijke bijdrage aan het publieke debat leveren, bijvoorbeeld vanuit niet-gouvernementele mensenrechtenorganisaties (substantiële 'civil expression') – dat een ongeclausuleerde strafbaarstelling een 'chilling effect' op de vrijheid van meningsuiting kan hebben. Dat wil zeggen dat de strafbaarstelling personen kan afschrikken naar het gebied te gaan, omdat niet zeker is dat er voor hen later geen strafrechtelijke narigheden zullen volgen. Het tot stand brengen van een op de casuïstiek toegesneden vervolgingsbeleid kan hier dus geen oplossing bieden, omdat invoering van de gebiedsstrafbaarstelling reeds als zodanig het 'chilling effect' meebrengt om naar allerlei gebieden te gaan. Het verschaffen van alleen een wettelijke uitzondering voor journalisten en eventueel ook anderen die van wezenlijk belang zijn voor de vrijheid van informatieverschaffing en meningsuiting in het publieke debat, kan de hierboven gesignaleerde bezwaren niet afdoende wegnemen. De gesignaleerde proportionaliteits-, subsidiariteits- en effectiviteitsbezwaren doen zich immers evenzeer voor bij alle andere categorieën personen die niet bijdragen aan de terroristische organisatie noch anderszins materieel wederrechtelijk handelen in de terroristische 'no go zone' en daartoe ook niet de intentie hebben (zie de voorbeelden aan het begin van paragraaf 5.2 of in paragraaf 1.3).

Wij concluderen dan ook dat alleen al de invoering van een ongeclausuleerde gebiedsstrafbaarstelling in allerlei gevallen onverenigbaar is met het 'noodzakelijk in een democratische samenleving'-vereiste, zelfs indien dan nog wel in een wettelijke uitzondering voor journalisten en substantiële 'civil expression' zou worden voorzien. Dit geldt a fortiori indien op grond van die strafbaarstelling toepassing van dwangmiddelen, vervolging of bestraffing plaatsvindt. Voor zover de belemmeringen voortvloeien uit mensenrechten

die tot het gewoonterecht behoren, moet er rekening mee worden gehouden dat in zoverre volkenrechtelijk mogelijk tevens een verbod bestaat om voor het strafbaar gestelde feit extraterritoriale rechtsmacht te vestigen. Het volkenrecht versterkt dan in zekere zin dus de mensenrechtenbescherming.

Tot slot is het volkenrecht hier ook nog meer op zichzelf relevant. Van belang is namelijk dat het doen uitstrekken van de strafbaarstelling over personen zonder terroristische betrokkenheid of intentie, spanningen oplevert met diverse uitgangspunten van rechtsmachtvestiging. Meer in het bijzonder is dat het geval vanwege de 'none of your business rule' die inhoudt dat staten geen rechtsmacht dienen te vestigen indien zij daarbij geen reëel belang hebben, het signaal van inadequate wetgeving en/of handhaving in het andere land en het gebrek aan een adequate rechtsmachtgrondslag doordat het universaliteitsbeginsel en het beschermingsbeginsel de strafmachtsvestiging omtrent dergelijke personen moeilijk kunnen rechtvaardigen.

Juridische en politieke spanningen in internationale verhouding met andere staten
Doordat de overwogen gebiedsstrafbaarstelling zich in de kern richt op territoria die tot andere soevereine staten behoren, raakt de strafbaarstelling principieel, juridisch en praktisch aan de soevereiniteit van de andere staat en impliceert de strafbaarstelling zelfs een waardeoordeel over die staat. Dat het volkenrecht (de beginselen van soevereiniteit en het leerstuk Kompentz-Kompetenz oftewel de macht om strafmacht te creëren) geen harde of absolute belemmering voor invoering van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling vormt, neemt dan ook niet weg dat dit wel degelijk spanning zou opleveren met de soevereiniteit van de andere staat en met het volkenrechtelijke rechtsmachtrecht waarin territorialiteit centraal staat en extraterritoriale rechtsmachtvestiging als uitzondering geldt. De eigen soevereiniteit is voor elke staat een zeer gevoelig onderwerp en inbreuken daarop kunnen dus gemakkelijk tot spanningen tussen staten leiden. Wanneer een staat op bijzondere wijze extraterritoriale jurisdictie claimt, zoals bij invoering van de overwogen strafbaarstelling zou gebeuren, kan dit de verdere ontwikkeling van het volkenrecht beïnvloeden. Het kan hier dan ook betekenen dat Nederland zal moeten accepteren dat vervolgens jegens haarzelf ook andere staten op soortgelijke wijze rechtsmacht claimen. Aldus kan invoering van de overwogen strafbaarstelling internationaal juridische en politieke nadelen hebben.

5.2.3 Conclusie ongeclausuleerde gebiedsstrafbaarstelling

Invoering van een ongeclausuleerde strafbaarstelling van 'vrijwillig verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' zou de autoriteiten ruimere mogelijkheden voor strafrechtelijk optreden tegen mogelijke jihadgangers c.q. 'foreign terrorist fighters' bieden dan de bestaande strafbaarstellingen toelaten. Zodanige strafbaarstelling kan echter niet de toets aan de verschillende parameters doorstaan. Dat gaat ook op indien

daarbij nog wel in een wettelijke uitzondering voor journalisten zou worden voorzien. In de kern spelen vier, soms met elkaar samenhangende problemen: 1. de strafbaarstelling is niet zo duidelijk en specifiek mogelijk geformuleerd en is in allerlei gevallen onvoldoende voorzienbaar in haar toepassing; 2. de strafbaarstelling omvat wereldwijd alle gebieden die onder controle of invloed van een terroristische organisatie staan; 3. de strafbaarstelling ziet ook op personen die geen terroristische bijdrage leveren of intentie daartoe hebben; 4. de strafbaarstelling raakt de soevereiniteit van andere staten. Vanwege probleem 1. en probleem 2 wordt meteen hierna variant II besproken. Wat betreft probleem 3. is variant III relevant (paragraaf 5.4). Voor de vraag of een oplossing voor al deze problemen mogelijk is komt Variant IV aan bod (paragraaf 5.5).

5.3 Verwijzing naar terroristisch-grondgebiedlijst (variant II)

Een deel van de pijnpunten bij een ongeclausuleerde strafbaarstelling betreft dus het onderdeel 'door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied'. Op dit onderdeel is de strafbaarstelling onvoldoende duidelijk, specifiek en voorzienbaar (lex certa-beginsel en 'voorzien bij wet'-vereiste) en is die problematisch wat betreft de reikwijdte (wederrechtelijkheidsbeginsel en volkenrechtelijk soevereiniteitsbeginsel). De vraag is of het mogelijk is deze bezwaren weg te nemen door in de delictsomschrijving van het terroristisch gebiedsverbod te verwijzen naar bepaalde door terroristische organisaties gecontroleerde gebieden die specifiek zijn aangewezen op een lijst (verder ook aan geduid als: lijstclausulering). Dit zou bijvoorbeeld kunnen door een formulering als: 'hij die vrijwillig verblijft op een grondgebied dat [op een door de minister, bij Koninklijk Besluit, o.i.d. vastgestelde lijst] is aangewezen als een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied'. Alvorens meer direct op de zojuist gestelde vraag in te gaan, zal nu eerst weer worden bezien of de strafbaarstelling dan nog nut heeft.

5.3.1 Toegevoegde waarde ten opzichte van bestaande strafbaarstellingen

Wat betreft de ongeclausuleerde gebiedsstrafbaarstelling bleek hiervoor – in paragraaf 5.2.1 – dat deze duidelijk meer mogelijkheden biedt om het fenomeen van de jihadganger c.q. 'foreign terrorist fighter' en de aansluiting bij in het buitenland opererende terroristische organisaties te controleren dan het bestaande strafrecht. Deze mogelijkheden worden niet wezenlijk verkleind ingeval de strafbaarstelling van 'vrijwillig verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' zou worden geclausuleerd tot 'vrijwillig verblijf op een terroristisch grondgebied dat als zodanig op een lijst is aangewezen'. Natuurlijk beperkt een dergelijke benadering de reikwijdte van de strafbaarstelling tot alleen bepaalde terroristische grond-

gebieden. Bovendien kan de strafbaarstelling aan flexibiliteit en inzetbaarheid verliezen, omdat de lijst steeds zal moeten worden aangepast aan actuele gebeurtenissen. Maar wanneer de lijst steeds binnen korte termijn valt te actualiseren en de autoriteiten dit ook doen, zal de strafbepaling steeds in die situaties werken en kunnen worden toepast waar dat vanwege de ratio van de strafbaarstelling noodzakelijk is. Daarbij komt dat het ook in zoverre gerechtvaardigd is om dit van de autoriteiten te verlangen, aangezien bij een ongeclausuleerde gebiedsstrafbaarstelling juist de burger steeds zal moeten bezien wat de actuele ontwikkelingen rondom een bepaald gebied zijn, terwijl de meeste burgers daartoe juist veel minder dan de overheid zullen zijn geoutilleerd.

5.3.2 Beoordeling gebiedsstrafbaarstelling met terroristisch-grondgebiedlijst

Clausulering van de strafbaarstelling tot 'vrijwillig verblijf op een terroristisch grondgebied dat als zodanig op een lijst is aangewezen', zou een aantal van de belangrijke bezwaren tegen de ongeclausuleerde overwogen gebiedsstrafbaarstelling wegnemen. Omdat het niet alle beletselen wegneemt, is deze oplossing alleen echter niet afdoende.

Kwaliteit strafbaarstelling: duidelijkheid, specificiteit en voorzienbaarheid
De duidelijkheids- en vooral voorzienbaarheidsproblemen aangaande de component 'controle' en de component 'terroristische organisatie' doen zich in beginsel niet voor bij toepassing van een lijstclausulering. In dat geval volgt immers uit de lijst in welke territoria men niet mag verblijven. Personen hoeven dan niet zelf te bepalen of op een bepaald territorium sprake is van 'controle' door een 'terroristische organisatie', zodat de daaromtrent bestaande duidelijkheids- en voorzienbaarheidsproblemen zich ook niet zouden voordoen. Bovendien impliceert beperking van de strafbaarstelling tot op een lijst aangegeven territoria dat de strafbaarstelling ook beter voldoet aan het specificiteitsvereiste, aangezien de strafbaarstelling zich dan niet langer uitstrekt over alle gebieden in de wereld die onder controle van een terroristische organisatie staan.

Bij gebruikmaking van een lijst verdient wel het vereiste van toegankelijkheid ('accessibility') bijzondere aandacht. Officiële publicatie van een strafwet vervult deze voorwaarde normaal gesproken.[9] Maar bij gebruikma-

9 Zie EHRM 25 januari 2005, *Karademirci/Turkey*, nr. 37096/97, r.o. 36 (deze uitspraak ziet op de toegankelijkheid van 'the law' in de zin van art. 10 lid 2 EVRM in plaats van art. 7 EVRM, maar deze is hier toch zonder meer relevant aangezien de kwalitatieve voorwaarden van 'accessibility' en 'foreseeability' voor beide bepalingen in beginsel op dezelfde wijze worden ingevuld; zie o.a. EHRM (GK) 17 mei 2010, *Kononov/Latvia*, nr. →

king van een lijst wordt de reikwijdte van de gebiedsstrafbaarstelling ook daardoor bepaald, zodat ook de lijst zelf toegankelijk zal moeten zijn. Erop gelet dat er wereldwijd allerlei gebieden zijn waarvan velen zich niet realiseren dat deze onder controle van terroristische organisaties staan, zou het zijn aangewezen dat de overheid ook op websites en in apps over reizen naar het buitenland van bijvoorbeeld het Ministerie van Buitenlandse Zaken en de Koninklijke Marechaussee op de gebiedsstrafbaarstelling en bijbehorende lijst zou wijzen.[10] Het toegankelijkheidsvereiste hoeft dus geen obstakel voor een lijstclausulering te zijn.

Reikwijdte strafbaarstelling: op de lijst genoemde terroristische gebieden ('no go zones')

Zoals opgemerkt zou verwijzing naar een terroristisch-grondgebiedlijst de reikwijdte van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling tot alleen bepaalde terroristische grondgebieden beperken. Daarmee zou beter tegemoet worden gekomen aan het wederrechtelijkheidsbeginsel en het daarmee samenhangende uitgangspunt dat zorgvuldige en terughoudende inzet van het strafrecht is aangewezen (vlg. het ultimum remedium-beginsel).

Voorts zou dit de spanning verminderen met de volkenrechtelijke parameters, in het bijzonder het beginsel van soevereine gelijkheid van staten en het axioma dat extraterritoriale rechtsmachtvestiging in het rechtsmachtrecht als uitzondering geldt. Het zou die spanning echter niet volledig wegnemen. Sprake blijft immers van strafbaarstelling die zich richt op een gedraging ('verblijven') waarvan de voltooiing plaatsvindt op (met een lijst nader aangeduide) territoria van andere soevereine staten. De buitenlandse territoria blijven dus de kern van de strafbepaling uitmaken.

Reikwijdte strafbaarstelling: personen zonder terroristische bijdrage of intentie

Clausulering van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling via een terroristisch-grondgebiedlijst doet niets af aan de – hiervoor bij de ongeclausuleerde gebiedsstrafbaarstelling besproken – vele bezwaren die samenhangen met de werking van de strafbaarstelling jegens personen die geen terroristische bijdrage leveren en daartoe ook niet de intentie hebben, en die dus ook niet bijdragen of beogen bij te dragen aan het bestaan, de gebiedscontrole of de strijd van de terroristische organisatie.

36376/04, r.o. 185). Zie ook EHRM (GK) 19 september 2008, *Korbely/Hungary*, nr. 9174/02, *NJ* 2010/165 m.nt. Reijntjes, r.o. 75.

10 Vgl. EHRM (GK) 19 september 2008, *Korbely/Hungary*, nr. 9174/02, *NJ* 2010/165 m.nt. Reijntjes, r.o. 75 (publicatie in brochure).

Juridische en politieke spanningen in internationale verhouding met andere staten
Ook ingeval van een strafbaarstelling met lijstclausulering blijft de overwogen gebiedsstrafbaarstelling zich zoals zojuist opgemerkt in de kern richten op territoria die tot andere soevereine staten behoren. De strafbaarstelling raakt ook dan dus principieel, juridisch en praktisch aan de soevereiniteit van de andere staat en impliceert zelfs een waardeoordeel over die staat. De bij de ongeclausuleerde gebiedsstrafbaarstelling besproken nadelen die dit veroorzaakt, worden in die zin met lijstclausulering verminderd, dat deze problemen zich ten opzichte van minder staten voordoen. Maar ten opzichte van staten die op de lijst staan maakt het in beginsel geen verschil, terwijl het ook de verdere ontwikkeling van het volkenrecht kan blijven beïnvloeden. Indien de strafbaarstelling en de aanwijzing van de des betreffende territoria echter zouden voortvloeien uit een volkenrechtelijke verplichting, is dit mogelijk in mindere mate het geval.[11]

5.3.3 *Conclusie gebiedsstrafbaarstelling met terroristisch-grondgebiedlijst*

Invoering van een gebiedsstrafbaarstelling die is beperkt tot specifiek op een terroristisch-grondgebiedlijst vermelde territoria – en in die zin dus is geclausuleerd – neemt een aantal belangrijke obstakels weg. Het lost de bezwaren op die voortvloeien uit het lex certa-beginsel (strafrechtelijke parameter) en het ‘voorzien bij wet’- vereiste (mensenrechtelijke parameter). Verder kan beperking via zodanige lijst de spanning verminderen – maar niet volledig wegnemen – met de volkenrechtelijke parameters. Voordeel van een dergelijke benadering is verder dat die de toegevoegde waarde van de gebiedsstrafbaarstelling ten opzichte van bestaande strafbaarstelling nauwelijks reduceert. Een lijstclausulering verhelpt echter niet de bezwaren die er het gevolg van zijn dat de strafbaarstelling ook ziet op personen die geen terroristische bijdrage leveren en daartoe ook niet de intentie hebben (strafrechtelijke parameters). De nu te behandelen kwestie is daarom of de strafbaarstelling ook op dit punt kan worden geclausuleerd.

5.4 WEDERRECHTELIJKHEIDSCLAUSULERING EN BIJZONDERE EXCEPTIES (VARIANT III)

De vraag is of de bezwaren die bestaan tegen een strafbaarstelling waaronder in beginsel ook personen vallen die geen terroristische bijdrage leveren of intentie hebben, zouden kunnen worden opgelost in de overwogen gebiedsstrafbaarstelling. Te denken valt dan aan opneming in de delictsomschrijving van bestanddelen die materiële wederrechtelijkheid tot uitdrukking brengen

11 Vgl. paragraaf 4.4 (Internationale plichten tot bestrijding ‘foreign terrorist fighters’).

(d.w.z. onrecht, rechtsgoedkrenking, gevaarzetting, schadeveroorzaking, afkeurenswaardig gedrag, ontoelaatbaarheden) en/of aan opneming bij de strafbepaling van een exceptie in de vorm van een abstracte dan wel gespecificeerde bijzondere strafuitsluitingsgrond.[12]

Zo zou materiële wederrechtelijkheid in de delictsomschrijving te verwerken zijn door daarin de strafbaarheid te beperken tot eenieder die vrijwillig op het grondgebied verblijft en daarbij '(opzettelijk) bijdraagt of (opzettelijk) ernaar streeft bij te dragen aan de terroristische organisatie, aan de controle van het gebied door die organisatie of aan het plegen van (terroristische) misdrijven' of iets dergelijks. Op deze wijze zouden personen die rechtens te aanvaarden redenen hebben om naar het terroristische gebied te gaan of daar te verblijven (journalisten, familiebezoekers, pelgrims enz.; zie verder de voorbeelden aan het begin van paragraaf 5.2 of in paragraaf 1.3) buiten de gebiedsstrafbaarstelling vallen.

Daarnaast kan de reikwijdte van de strafbaarstelling worden beperkt door opneming bij de strafbepaling van een exceptie. Dit zou kunnen via een abstracte bijzondere strafuitsluitingsgrond, die erop neerkomt dat men niet strafbaar is indien het verblijf niet bijdraagt of beoogt bij te dragen aan de terroristische organisatie, aan de controle van het gebied door die organisatie of aan het plegen van (terroristische) misdrijven. In plaats daarvan of daarnaast is het ook mogelijk om met een gespecificeerde bijzondere strafuitsluitingsgrond nader aan te duiden onder welke omstandigheden geen strafbaarheid bestaat; het zou dan kunnen gaan om verblijf vanwege journalistieke doeleinden, om familie te bezoeken, pelgrimage enzovoort (zie de voorbeelden aan het begin van paragraaf 5.2 of in paragraaf 1.3).

Uiteraard zou zowel de opneming van bestanddelen in de delictsomschrijving die materiële wederrechtelijkheid uitdrukken als het voorzien in een abstracte dan wel gespecificeerde bijzondere strafuitsluitingsgrond op zeer vele manieren kunnen worden vormgegeven. Daarom gaan wij hierna niet in op de details of op verschillende concrete mogelijkheden daaromtrent. Het gaat erom in abstracto te bezien of deze mogelijkheden zinvol zijn met het oog op de aanpak van onder meer jihadgangers c.q. 'foreign terrorist fighters' en of ze de vanuit de parameters gerezen belemmeringen kunnen oplossen.

5.4.1 Toegevoegde waarde ten opzichte van bestaande strafbaarstellingen

Het opnemen van bestanddelen in de delictsomschrijving die invulling geven aan materiële wederrechtelijkheid, beoogt straffeloosheid te garanderen

12 Zie voor een uitgebreidere, maar niet limitatieve opsomming van uitsluitingsmogelijkheden paragraaf 2.2.5 (Lex certa en componenten IV: strafbaarheidsuitzondering voor onder meer journalisten).

voor personen die niet bijdragen aan de terroristische organisatie noch anderszins materieel wederrechtelijk handelen in het terroristische territorium en daartoe ook niet de intentie hebben. Zoals opgemerkt kan het daarbij naast journalisten gaan om onder meer bezoekers van familieleden, zakenlieden en ondernemers, eigenaren van onroerend goed of andere bezittingen ter plaatse, personen die financiële belangen in het gebied hebben, personen die om juridische redenen in het gebied moeten zijn, personen met bona fide religieuze beweegredenen om in of door het gebied te komen, politici, archeologen, wetenschappers, avonturiers, vakantiegangers, quasi journalisten, vertegenwoordigers van niet-gouvernementele mensenrechtenorganisaties, hulpverleners en bemiddelaars bij onder meer ontvoeringen of voor een wapenstilstand.

Uitsluiting van deze personen via bestanddelen betekent al gauw dat de delictsomschrijving zich beperkt tot personen die (opzettelijk of culpoos) bijdragen of beogen bij te dragen aan het plegen van terroristische misdrijven, aan een terroristische organisatie, aan de gewapende strijd of aan activiteiten die Nederlandse belangen krenken. Dat zou dan ook meebrengen dat aanwending van dwangmiddelen (waaronder aanhouding en verhoor) tegen personen die naar terroristische gebieden beogen af te reizen, daarnaar onderweg zijn, daar verblijven of daarvan terugkeren, slechts mogelijk is indien er een verdenking (of bij sommige dwangmiddelen aanwijzingen[13]) bestaat van terroristische activiteiten en/of intenties. Daarmee zou de gebiedsstrafbaarstelling – afhankelijk van de exacte delictsomschrijving ervan – weinig of geen toegevoegde waarde meer hebben ten opzichte van de strafvorderlijke mogelijkheden ingevolge bestaande strafbaarstellingen (zie de opsomming in paragraaf 5.1 en in paragraaf 5.2.1), die immers ook kunnen worden begaan in de vorm van strafbare poging conform art. 45 Sr, strafbare voorbereiding in de zin van art. 46 Sr, deelneming op de voet van art. 47 Sr en soms ook als samenspanning als bedoeld in art. 80 Sr.

Wanneer men zou kiezen voor opneming van een exceptie in de vorm van een abstracte of gespecificeerde bijzondere strafuitsluitingsgrond, zou de gebiedsstrafbaarstelling haar meerwaarde ten opzichte van bestaande strafbaarstellingen grotendeels behouden. Weliswaar kan de strafbaarstelling dan niet tot toepassing komen jegens personen bij wie evident is dat zij niet aan terrorisme of de terroristische organisatie bijdragen of beogen bij te dragen, maar dat is ook niet waartoe de strafbaarstelling strekt gelet op de ratio ervan: 1. tegengaan van de aansluiting van Nederlanders bij terroristische organisaties, deelname aan gewapende strijd en jihadisme, 2. bescherming van de Nederlandse veiligheid, en 3. het aanhouden, verhoren en vervolgen van elke teruggekeerde jihadreiziger mogelijk maken.

13 Zie o.a. WvSv, Titel VB (Bijzondere bevoegdheden tot opsporing van terroristische misdrijven).

Jegens iedereen bij wie van zodanige bijdrage of intentie wel sprake is, of voor wie – en dat is het belangrijkste punt hier – niet duidelijk is of daarvan sprake is, kan de strafbaarstelling wel worden toegepast door aanwending van dwangmiddelen en het instellen van een vervolging. De afwezigheid van excepties behoeft immers niet te worden bewezen.[14] Het is dan in eerste instantie aan de betrokkene om zich op de (abstracte of gespecificeerde) bijzondere strafuitsluitingsgrond te beroepen en aannemelijk te maken dat deze in zijn geval opgaat. Alleen wanneer dus evident is – meteen al, na nader opsporingsonderzoek en/of nadat de verdachte dit duidelijk heeft gemaakt – dat de bijzondere exceptie opgaat en dat van materieel wederrechtelijk handelen geen sprake is, kunnen er geen strafvorderlijke dwangmiddelen meer jegens betrokkene worden toegepast.[15]

5.4.2 *Beoordeling gebiedsstrafbaarstelling met wederrechtelijkheidsclausulering of exceptie*

Vooral bij clausulering van de gebiedsstrafbaarstelling via bijzondere excepties rijst de vraag of dit de bezwaren vanuit de verschillende parameters voldoende zal kunnen ondervangen. Dat is niet zonder meer het geval.

Kwaliteit strafbaarstelling: duidelijkheid, specificiteit en voorzienbaarheid
Zoals opgemerkt zouden zowel bestanddelen in de delictsomschrijving die materiële wederrechtelijkheid uitdrukken als excepties op zeer vele manieren kunnen worden geformuleerd. Precieze toetsing of een wederrechtelijkheidclausulering dan wel een exceptie voldoet aan de eisen van duidelijkheid, specificiteit en voorzienbaarheid is hier dan ook niet mogelijk. Wel maken wij enkele opmerkingen.

Ten eerste een opmerking over de wederrechtelijkheidsclausulering. Aangezien de beschrijving van terroristische gedragingen en intenties in bestaande strafbaarstellingen in beginsel voldoen aan de lex certa-vereisen,[16] is er geen reden te veronderstellen dat dit bij de overwogen gebiedsstrafbaarstelling niet mogelijk zou zijn.

Ten tweede verdient de mogelijkheid van een exceptie hier aandacht. Weliswaar gelden de uit art. 1 Sr en art. 7 EVRM voortvloeiende lex certa-

---

14 J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 286; zie ook P.C. Bogert, *Voor rechtvaardiging en schulduitsluiting: de bijzondere strafuitsluitingsgrond in strafrechtsdogmatisch en wetgevingstechnisch perspectief* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005, p. 4, 15, 212.

15 Zie ook G.J.M. Corstens & M.J. Borgers, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 87.

16 Zie P.H.P.H.M.C. van Kempen & J. Van de Voort, *Nederlandse antiterrorismeregelgeving getoetst aan fundamentele rechten. Een analyse met meer bijzonder aandacht voor het EVRM*, Nijmegen: NCTb/WODC/Radboud Universiteit 2010, p. 9-38.

vereisten daarvoor minder sterk dan voor strafbaarstellingen, maar dat neemt niet weg dat duidelijkheid, specificiteit en voorzienbaarheid van excepties kan bijdragen aan het lex certa-gehalte van de strafbaarstelling zelf. Wanneer sprake is van een beperking van mensenrechten kan dit bovendien relevant zijn bij de beoordeling van het 'voorzien bij wet'-vereiste uit het klassieke toetsingsschema. Op mogelijke problemen rondom vooral de duidelijkheid en voorzienbaarheid van een op de gebiedsstrafbaarstelling gerichte exceptie komen wij aanstonds terug. Daarnaast is hier van belang dat een gebiedsstrafbaarstelling die bestanddelen in de delictsomschrijving bevat die materiële wederrechtelijkheid uitdrukken, beter aan het specificiteitsvereiste voldoet dan wanneer beperking van de reikwijdte van de strafbaarstelling via bijzonder excepties wordt bewerkstelligd. Zodanige beperking dient immers slechts via uitsluitingsgronden plaats te vinden indien het om echte uitzonderingen gaat. Daarvan is hier geen sprake nu allerlei personen en situaties onder de overwogen strafbaarstelling vallen bij wie of bij welke materieel wederrechtelijk handelen niet aan de orde is (zie over die personen iets verderop).

Tot slot hangt de vraag of de overwogen strafbaarstelling voor het overige voldoet aan de vereisten van duidelijkheid, specificiteit en voorzienbaarheid ervan af of wel of geen sprake is van lijstclausulering (beperking van de strafbaarstelling tot territoria genoemd op een terroristisch-grondgebiedlijst). Indien dat wel het geval is, doen zich verder geen problemen voor rondom deze vereisten (zie paragraaf 5.3.2). Indien dat niet zo is manifesteren zich dezelfde belemmeringen als bij de ongeclausuleerde strafbaarstelling het geval is (zie paragraaf 5.2.2).

Reikwijdte strafbaarstelling: terroristische gebieden ('no go zones')

Toevoeging van bestanddelen in de delictsomschrijving die materiële wederrechtelijkheid uitdrukken of opneming van excepties die personen zonder terroristische bijdrage of intentie van strafbaarheid uitsluiten, kunnen de problemen rondom te grote territoriale reikwijdte van de strafbaarstelling niet oplossen. Dit kan deels wel door gebruikmaking van beperking van de strafbaarstelling tot territoria genoemd op een terroristisch-grondgebiedlijst (zie paragraaf 5.3.2).

Reikwijdte strafbaarstelling: geen personen zonder terroristische bijdrage of intentie

Verwerking van materiële wederrechtelijkheid in de delictsomschrijving zou ertoe leiden dat personen die rechtens te aanvaarden redenen hebben om naar het terroristische gebied te gaan of daar te verblijven, buiten de gebiedsstrafbaarstelling vallen. De strafbaarstelling geldt dan dus niet meer jegens hen en kan bijgevolg evenmin (strafvorderlijk) tot toepassing komen jegens hen. Daarmee zou de strafbaarstelling niet langer op gespannen voet staan met het *daadstrafrechtbeginsel* en het *wederrechtelijkheidsbeginsel*. Bovendien zou dit ertoe leiden dat niet meer reeds de gelding van de gebiedsstrafbaarstel-

ling inbreuk maakt op het *recht op vrijheid van beweging c.q. het recht om het land te verlaten* (art. 2 lid 2 Vierde Protocol EVRM, art. 12 lid 2 IVBPR) jegens eenieder die binnen de reikwijdte van de Nederlandse strafwet valt en op een door de strafbaarstelling verboden gebied wenst te verblijven. Ook zou dan geen sprake meer zijn van beperking – in meer incidentele gevallen – van *andere mensenrechten*, waaronder het recht op privé- en familieleven (art. 8 EVRM, art. 17 IVBPR), het recht op vrijheid van geloofsovertuiging c.q. religie (art. 9 EVRM, art. 18 IVBPR) en het recht op vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM, art. 19 IVBPR). Dat betekent dan ook dat de bezwaren vanuit het vereiste dat de inbreuk *noodzakelijk in een democratische samenleving* dient te zijn zich niet meer voordoen. Bovendien is er dan wat betreft journalisten en anderen die een belangrijke bijdrage aan het publieke debat leveren (substantiële 'civil expression') in beginsel geen risico meer dat de strafbaarstelling een '*chilling effect*' op de vrijheid van meningsuiting heeft. Verder zou dan ook het eventuele volkenrechtelijke verbod om extraterritoriale rechtsmacht te vestigen omtrent personen zonder terroristische betrokkenheid of intentie niet langer spelen. Ook zou zich dan niet meer de spanning voordoen met diverse uitgangspunten van rechtsmachtvestiging, zoals die vanwege de 'none of your business rule', het signaal van inadequate wetgeving en/of handhaving in het andere land en het gebrek aan een adequate rechtsmachtgrondslag.

Meer problemen blijven zich voordoen bij opneming bij de overwogen gebiedsstrafbaarstelling van een exceptie (in de vorm van een abstracte en/of gespecificeerde bijzondere strafuitsluitingsgrond) die straffeloosheid beoogt te verzekeren voor personen die rechtens te aanvaarden redenen hebben om naar het terroristische gebied te gaan of daar te verblijven terwijl zij daar geen terroristische bedoelingen of betrokkenheid hebben. Dat geldt niet zozeer vanuit het daadstrafrechtbeginsel en het wederrechtelijkheidsbeginsel: opneming van een voldoende ruime exceptie (die aldus niet is beperkt tot alleen journalisten of slechts enkele bijzondere categorieën) zou de spanning met deze beginselen aanzienlijk reduceren. Het is dan ook vooral vanuit het mensenrechtenperspectief dat enige bezwaren blijven bestaan.

Voor personen zonder terroristische bedoelingen of betrokkenheid geldt bij opneming van een wettelijke bijzondere exceptie immers dat zij in eerste instantie toch binnen de reikwijdte van de strafbaarstelling vallen. Reeds de gelding van de strafbaarstelling impliceert hier in eerste instantie aldus toch weer een *inbreuk* op de relevante fundamenteel rechten – waaronder in elk geval het recht om het land te verlaten – van eenieder die binnen de reikwijdte van de Nederlandse strafwet valt en op een door de strafbaarstelling verboden gebied wenst te verblijven. Alleen wanneer evident is dat de exceptie van toepassing is of wanneer de autoriteiten de toepasselijkheid ervan hebben erkend, gaat van de strafbaarstelling geen mensenrechtenbeperkende werking uit. Van een *geïndividualiseerde periodieke toetsing* van die beperking zal geen sprake kunnen zijn. In het strafrecht c.q. het systeem van algemene

strafbaarstellingen is niet voorzien in voorafgaande toestemmingen door de overheid. Het is achteraf – dus nadat de strafbaarstelling is overtreden en de betrokkene daarop strafrechtelijk wordt aangesproken – dat hij of zij aannemelijk zal moeten maken dat de exceptie van toepassing is. Vooraf kan dus geen rechtszekerheid worden verkregen over de toepasselijkheid van de exceptie.

In zoverre zal bij het opnemen van een exceptie toch een zeker 'chilling effect' van de strafbaarstelling blijven uitgaan: vanwege de onzekerheid of de toepasselijkheid van de exceptie uiteindelijk voldoende aannemelijk valt te maken en door de opsporingsautoriteiten of de rechter zal worden erkend, zullen ook personen zonder terroristische bedoelingen en betrokkenheid het mogelijk nog steeds niet aandurven naar het gebied te gaan. Weliswaar zal dat effect in beginsel geringer zijn dan bij een ongeclausuleerde gebiedsstrafbaarstelling, aangezien voor allerlei gevallen wel onmiddellijk duidelijk kan zijn dat die binnen de exceptie vallen, maar zodanige duidelijkheid zal er in allerlei andere gevallen onvoldoende zijn. Dan brengt de strafbaarstelling dus mee dat personen zich begrijpelijkerwijs niet vrij voelen om het recht om het land te verlaten naar een land van keuze uit te oefenen, terwijl dat recht jegens hen niet kan worden beperkt met in achtneming van het noodzakelijkheidsvereiste. Hetzelfde kan zich voordoen bij rechten als het recht op privé- en familieleven, het recht op vrijheid van geloofsovertuiging c.q. religie en het recht op vrijheid van meningsuiting. Het probleem van het 'chilling effect' is niet beperkt tot journalisten en anderen die een belangrijke bijdrage aan het publieke debat leveren in de vorm van substantiële 'civil expression', het kan zich ook uitstrekken over familiebezoekers, pelgrims enzovoort (zie verder de voorbeelden aan het begin van paragraaf 5.2 of in paragraaf 1.3).

Van volkenrechtelijke bezwaren is overigens ook bij een voldoende ruime exceptie niet wezenlijk meer sprake, nu de strafbepaling als zodanig niet meer zonder meer in strijd is met fundamentele rechten maar veeleer de toepassing ervan in bepaalde omstandigheden. Nu personen zonder terroristische betrokkenheid of intentie van strafrechtelijke aansprakelijkheid zijn uitgesloten, is een eventueel verbod om voor het strafbaar gestelde feit extraterritoriale rechtsmacht te vestigen immers niet langer relevant. Ook vooral de 'none of your business rule' en het gebrek aan een adequate rechtsmachtgrondslag zijn dan niet langer van toepassing.

Juridische en politieke spanningen in internationale verhouding met andere staten
De internationaal juridische en politieke nadelen die invoering van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling kan hebben, kunnen – buiten hetgeen daarnet is opgemerkt – niet worden verholpen via wederrechtelijkheidsclausulering of opneming van een exceptie.

5.4.3 *Conclusie gebiedsstrafbaarstelling met wederrechtelijkheidsclausulering of exceptie*

Het is mogelijk om in de gebiedsstrafbaarstelling bestanddelen op te nemen die voldoende invulling geven aan materiële wederrechtelijkheid om de straffeloosheid te verzekeren van personen die niet bijdragen aan de terroristische organisatie noch anderszins materieel wederrechtelijk handelen in het terroristische territorium en daartoe ook niet de intentie hebben. In dat opzicht zou de idee van een gebiedsstrafbaarstelling niet langer hoeven af te stuiten op onder meer het legaliteitsbeginsel, het daadstrafrechtbeginsel, het wederrechtelijkheidsbeginsel, de relevante mensenrechten en het eventuele volkenrechtelijke verbod om extraterritoriale rechtsmacht te vestigen, de 'none of your business rule' en het gebrek aan een adequate rechtsmachtgrondslag. Het opnemen van bestanddelen die invulling geven aan materiële wederrechtelijkheid zou echter weinig afdoen aan de internationaal juridische en politieke nadelen die invoering van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling kan hebben. Nu deze inherent zijn aan de overwogen gebiedsstrafbaarstelling, in welke vorm die ook tot stand zou komen, zijn deze alleen te vermijden indien van invoering van de strafbaarstelling wordt afgezien. Een belangrijk punt is bovendien dat zodanige strafbaarstelling weinig of geen toegevoegde waarde heeft ten opzichte van (de strafvorderlijke mogelijkheden ingevolge) bestaande strafbaarstellingen.

Het is ook mogelijk straffeloosheid voor voormelde personen te realiseren door bij de strafbaarstelling een exceptie op te nemen (een abstracte dan wel gespecificeerde bijzondere strafuitsluitingsgrond). Deze benadering behoudt grotendeels de (strafvorderlijke) meerwaarde van de gebiedsstrafbaarstelling ten opzichte van bestaande strafbaarstellingen. Daar staat echter tegenover (zelfs indien daarnaast lijstclausulering plaatsvindt) dat gebruikmaking van excepties voor deze personen een zekere spanning oplevert met het uit het lex certa-beginsel voortvloeiende specificiteitsvereiste. Daarnaast betekent de constructie van excepties in beginsel dat personen die legitieme redenen hebben om naar het verboden gebied af te reizen en daar te verblijven a priori toch onder de strafbaarstelling vallen, dat zij in bepaalde gevallen geen rechtszekerheid hebben over hun straffeloosheid en dat een zeker 'chilling effect' van de strafbaarstelling kan blijven uitgaan. Bovendien geldt ook hier dat opneming van excepties de internationaal volkenrechtelijke en politieke nadelen die invoering van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling kan hebben niet zou oplossen.

Erop gelet dat het toegevoegde waarde van de gebiedsstrafbaarstelling bij wederrechtelijkheidsclausulering hooguit marginaal is, terwijl bij voorziening in een exceptie diverse spanningen met de onderzochte parameters blijven bestaan, rijst de vraag of nog een andere benadering mogelijk is. Met het oog daarop het volgende.

5.5 Systeem van uitreisvisa met afdekkende strafbaarstelling (variant IV)

Zoals toegelicht in hoofdstuk 1 is dit onderzoek niet gericht op het zelfstandig uiteenzetten, doordenken en analyseren van de eventuele mogelijkheden omtrent een uitreisverbod of een systeem van uitreis- en verblijfsvisa. Het navolgende betreft dan ook noch een zelfstandige noch een volledige juridische toetsing van zodanig visumsysteem aan de verschillende parameters: slechts bezien is hoe hetgeen bij Varianten I, II en III vanuit de verschillende parameters op problemen stuit zich zou verhouden tot een systeem van uitreis- en verblijfsvisa met afdekkende strafbaarstelling. Daarbij komt dat dit onderzoek zich ook niet richt op de vraag of het praktisch mogelijk is om een zodanig visumsysteem op te zetten. De vraag of een dergelijk systeem in voldoende mate handhaafbaar zou zijn, komt hier al helemaal niet aan de orde.[17] Dit betekent ten slotte ook dat het hier niet mogelijk is de vraag te beantwoorden of het wel of niet wenselijk is zodanig systeem in te voeren. De eventuele beantwoording van deze vragen laten wij nadrukkelijk aan de wetgever, al kan het navolgende daarbij wel een zekere relevantie hebben. Het gaat er hier echter primair om een extra dimensie aan de beoordeling van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling toe te voegen door er een ander perspectief tegenover te zetten. Om dit mogelijk te maken schetsen wij enkele contouren van het systeem en daarmee kan ook worden volstaan.

Grofweg komt een systeem van uitreis- en verblijfsvisa erop neer dat bijvoorbeeld Nederlandse staatsburgers of ingezetenen die voornemens zijn naar een bepaald buitenlands terroristisch territorium te gaan, daarvoor toestemming van de Nederlandse autoriteiten dienen te verzoeken en te verkrijgen alvorens zij naar dat territorium kunnen afreizen en daar kunnen verblijven. Eventuele toestemming wordt verleend in de vorm van een uitreis- en verblijfsvisum. Daarbij zou dan in de mogelijkheid kunnen worden voorzien om het visum te beperken tot een bepaalde tijdsduur en tot een bepaald buitenlands territorium. Iedere Nederlandse ingezetene die voornemens is naar een als terroristisch aangeduid territorium te gaan, zal dan zelf de autoriteiten om een visum dienen te verzoeken en zal dus de visumprocedure moeten doorlopen. De visumautoriteiten kunnen daarin geïndividualiseerd beoordelen, mede op basis van de eventueel bij de aanvraag overgelegde informatie, of in het desbetreffende concrete geval een visum kan worden verleend aan het individu en zo ja onder welke voorwaarden. Voor Nederlandse ingezetenen die al op het terroristisch grondgebied aanwezig zijn, zullen bijzondere voorzieningen moeten worden getroffen, bijvoorbeeld via

17 Zie *Kamerstukken II* 2013-2014, 29 754, nr. 238 (Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie van 7 november 2013, met Bijlage bij de beleidsopvolging DTN34: Stand van zaken moties en toezeggingen).

ambassades, consulaten en internet. Nu gaat het er hier uiteraard niet om een algemeen uitreisvisumsysteem in te voeren dat op eenieder die naar het buitenland wenst te gaan van toepassing is.[18] Ook daarom ligt het voor de hand deze visumprocedure alleen verplicht te stellen met betrekking tot door terroristische organisaties gecontroleerde gebieden die specifiek zijn aangewezen op een openbaar toegankelijke lijst waar burgers met reisplannen tamelijk onvermijdelijk mee in kennis zouden moeten komen.

Nu zodanig systeem van uitreis- en verblijfsvisa als eventueel alternatief voor de overwogen gebiedsstrafbaarstelling zou functioneren, gaan wij er in het navolgende vanuit dat de uitreis- en verblijfsvisumplicht door een strafbaarstelling wordt ondersteund. Die strafbaarstelling zou dan bijvoorbeeld zien op het naar een bepaald terroristisch gebied uitreizen of daar verblijven zonder dat een visum is aangevraagd dan wel nadat zodanige aanvraag is afgewezen of een verleend visum weer is ingetrokken, of wanneer de visumvoorwaarden worden overtreden. Daarbij zou het mogelijk zijn om in verschillende niveaus van de strafbaarstelling te voorzien en in het verlengde daarvan verschillende soorten en hoogten van strafbedreiging. Wij houden rekening met drie niveaus van ernst: 1. culpoze visumplichtschending, 2. Opzettelijke visumplichtschending, en 3. visumplichtschending met het oogmerk op het terroristische grondgebied terroristische misdrijven te begaan of deel te nemen aan de terroristische organisatie. Tot slot kunnen op de strafbaarstellingen ook de strafbare poging in de zin van art. 45 Sr en de strafbare voorbereiding in de zin van art. 46 Sr van toepassing worden verklaard, zodat ook personen tegen wie er een verdenking bestaat dat zij zonder visum naar een verboden gebied beogen af te reizen op titel van de strafbaarstelling kunnen worden aangehouden, verhoord en vervolgd.

5.5.1 Toegevoegde waarde ten opzichte van bestaande strafbaarstellingen

Zoals al aan bod kwam in paragraaf 5.2.1 hebben hier relevante bestaande strafbaarstellingen (zoals art. 101-102 al dan niet jo art. 107a Sr, art. 134a Sr, art. 140a Sr en art. 205 Sr, al dan niet in de vorm van een strafbare poging, voorbereiding of samenspanning en/of deelneming) gemeen dat zij uitsluitend betrekking hebben op personen van wie de intentie zich richt op terrorisme, op de gewapende strijd of op activiteiten die Nederlandse belangen krenken. Aanwending van dwangmiddelen (waaronder aanhouding, verhoor en vervolging) op titel van deze delicten is aldus slechts mogelijk bij het bestaan van een verdenking (of bij sommige dwangmiddelen aanwijzingen)

18 Zo'n systeem zou overigens in strijd zijn met het vrij verkeer van personen in de Europese Unie voor zover het om het buitenland in de EU gaat en met het recht om het land te verlaten voor het buitenland in het algemeen; zie wat betreft het laatste paragraaf 3.2.2, onder i (Reikwijdte van het recht op vrijheid van beweging).

van terroristische of anderszins materieel wederrechtelijke gedragingen of intenties. Een systeem van uitreis- en verblijfsvisa dat wordt afgedekt met een strafbaarstelling, kan daarentegen zo worden ingericht dat toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen mogelijk is tegen personen die de visumplicht schenden terwijl zij geen terroristische bedoelingen of betrokkenheid hebben of wanneer er daartoe geen verdenking bestaat (zie de drie varianten hierboven). Een visumsysteem hoeft dus geen beperktere mogelijkheden te bieden om het fenomeen van de jihadganger c.q. 'foreign terrorist fighters' tegen te gaan en de aansluiting bij in het buitenland opererende terroristische organisaties te controleren dan een ongeclausuleerde gebiedsstrafbaarstelling. Daarbij komt dat een visumsysteem ertoe leidt dat bijvoorbeeld Nederlandse ingezetenen die voornemens zijn naar een bepaald buitenlands terroristisch territorium te gaan, zich ter verkrijging van een visum daarvoor bij de autoriteiten zullen moeten vervoegen. Die noodzaak bestaat niet bij de (al dan niet geclausuleerde) overwogen gebiedsstrafbaarstelling. Met het visumsysteem zouden de autoriteiten dus zelfs meer zicht op reis- en verblijfsbewegingen betreffende terroristische territoria kunnen krijgen dan met de bestaande strafbaarstellingen of de ongeclausuleerde gebiedsstrafbaarstelling mogelijk is.

5.5.2 Vergelijking vanuit visumsysteem met afdekkende strafbaarstelling

Hiervoor zijn bij alle varianten van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling (ongeclausuleerd, lijstclausulering, wederrechtelijkheidsclausulering/exceptie) spanningen en belemmeringen vanuit de parameters geconstateerd. Ofschoon de meerwaarde van een visumsysteem niet hoeft onder te doen voor dat van ongeclausuleerde gebiedsstrafbaarstelling, doen voormelde spanningen en belemmeringen zich daarbij in beginsel – afhankelijk van de precieze inrichting ervan – in aanzienlijk mindere mate voor.

Kwaliteit strafbaarstelling: duidelijkheid, specificiteit, voorzienbaarheid
Ingeval een uitreis- en verblijfsvisumverplichting zou worden ingevoerd betreffende terroristische territoria die als zodanig op een terroristisch-grondgebiedlijst zijn aangewezen, zullen de strafbaarstellingen inzake schending van deze verplichting niet de componenten van vrijwillig verblijf op een 'door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' bevatten. Aldus zullen zich dan ook niet de bezwaren kunnen voordoen die tegen deze componenten gelden vanuit het duidelijkheids-, specifiteits- en vooral voorzienbaarheidsvereiste (welke vereisten voortvloeien uit het lex certa-beginsel en het mensenrechtelijk 'voorzien bij wet'-vereiste). Daarmee lijkt er ook geen beletsel meer te zijn om eventuele visumplichtstrafbaarstellingen voldoende duidelijk, specifiek en voorzienbaar op te kunnen stellen.

Zoals in het geval van lijstclausulering geldt, zal dan ook hier wel nader invulling moeten worden gegeven aan het vereiste van toegankelijkheid ('ac-

cessibility'). Zo zou de overheid bijvoorbeeld ook bij deze variant op websites en in apps over reizen naar het buitenland van bijvoorbeeld het Ministerie van Buitenlandse Zaken en de Koninklijke Marechaussee op de visumverplichting, de strafbaarstelling over schending ervan en de bijbehorende lijst kunnen wijzen. Om te vermijden dat betrokkenen geen weet van de verplichtingen hebben, en deze mogelijk zelfs niet-verwijtbaar overtreden, zouden burgers met reisplannen tamelijk onvermijdelijk op informatie moeten stuiten over de visumplicht en de territoria waarvoor die geldt.

Reikwijdte strafbaarstelling: op de lijst genoemde terroristische gebieden ('no go zones')

Wanneer de visumplicht is beperkt tot de territoria vermeld op een bijbehorende terroristisch-grondgebiedlijst, zal dit tegemoet komen aan het wederrechtelijkheidsbeginsel en het daarmee samenhangende uitgangspunt dat zorgvuldige en terughoudende inzet van het strafrecht is aangewezen (vlg. het ultimum remedium-beginsel). Een visumsysteem is daarbij sterker in overeenstemming met deze beginselen dan een lijstgeclausuleerde gebiedsstrafbaarstelling. Het tegengaan van terrorisme en jihadisme alsmede de bescherming van de Nederlandse veiligheid, zouden immers primair plaatsvinden via een bestuursrechtelijk systeem van uitreis- en verblijfsvisa. Pas in tweede instantie, namelijk bij niet nakoming van de bestuursrechtelijke visumplicht, kan het komen tot toepassing van het strafrecht en van strafvorderlijke bevoegdheden. Daarnaast telt dat een visumplicht – anders dan een gebiedsstrafbaarstelling – geen algemeen verbod voor iedereen of grote groepen personen inhoudt, aangezien per geval wordt bezien of er redenen zijn om een visum te weigeren. Ook in dit opzicht voldoet een visumplicht dus beter aan het wederrechtelijkheidsbeginsel en het uitgangspunt van terughoudende inzet van het strafrecht.

Voorts geldt dat waar bij een lijstgeclausuleerde gebiedsstrafbaarstelling spanning blijft bestaan met in het bijzonder het beginsel van soevereine gelijkheid van staten en het axioma dat extraterritoriale rechtsmachtvestiging in het rechtsmachtrecht als uitzondering geldt, zulke spanning zich bij een door het strafrecht afgedekt visumsysteem nauwelijks of niet manifesteert. Anders dan de overwogen gebiedsstrafbaarstelling, is een strafbaarstelling inzake visumplichtschending immers niet primair gericht op een in het buitenland begane gedraging noch op het territorium van een andere soevereine staat, maar ziet die in beginsel op een in Nederland begane gedraging die een Nederlandse kwestie betreft, namelijk: schending van een bestuursrechtelijke visumplicht. Die plicht sterkt ertoe om met het oog op de Nederlandse veiligheid die reizigersstromen te kunnen controleren die met het oog op de veiligheid het meest risicovol zijn. Primair richt de visumplicht met afdekkende strafbaarstelling zich daarbij op het voorkomen dat Nederlandse ingezetenen zich bij terroristische organisaties aansluiten. Daarmee is inmenging in een andere soevereine staat in beginsel niet aan de orde. Bovendien gaat van de

visumplicht ook niet direct als algemeen waardeoordeel over het gebied uit dat het wederrechtelijk (d.w.z. rechtsgoedkrenkend, gevaarzettend, schadeveroorzakend, afkeurenswaardig, ontoelaatbaar enz.) is wanneer mensen in dat buitenlandse gebied aanwezig zijn. Een visumplicht impliceert dus ook veel minder een negatief oordeel over (het grondgebied van) een andere staat dan de overwogen strafbaarstelling.

Reikwijdte strafbaarstelling: alleen personen die visumplicht schenden
Het hiervoor geschetste visumsysteem brengt mee dat de autoriteiten jegens een ieder die een uitreis- en verblijfsvisum aanvraagt, geïndividualiseerd kunnen beoordelen of in het desbetreffende concrete geval een visum kan worden verleend aan het individu en zo ja onder welke territoriale en temporele beperkingen. De eventueel bij de aanvraag overgelegde informatie zal daarbij een belangrijke rol kunnen spelen. Zo zou dan aan een journalist een langdurig visum kunnen worden verstrekt dat een algemene toestemming inhoudt om naar alle op de lijst aangewezen en nog aan te wijzen territoria af te reizen en te verblijven, terwijl aan iemand die bijvoorbeeld vanwege de begrafenis van een familielid, een pelgrimage of zakelijke aangelegenheden naar het gebied wenst te gaan een qua territorium en looptijd beperkt visum kan worden afgegeven.

Pas indien de visumplicht wordt geschonden (zonder visum uitreizen of verblijven, zich niet houden aan de visumvoorwaarden of uitreizen of verblijven na visumintrekking) zal men binnen het bereik van de visumplichtstrafbaarstellingen komen te vallen. Daarmee is dus niet het enkele 'verblijven' of 'afreizen' strafbaar, het is het daarbij tevens 'overtreden' van bestuursrechtelijke visumverplichtingen dat centraal staat. Ondersteuning van nuttige of zelfs noodzakelijke bestuursrechtelijke voorschriften door strafbaarstellingen geldt in beginsel niet als onaanvaardbaar vanuit het *daadstrafrechtbeginsel* en/of het *wederrechtelijkheidsbeginsel*.[19] Voor zover goede redenen bestaan om een uitreis- en verblijfsvisumsysteem in te voeren, terwijl dat systeem zonder achterliggende mogelijkheid van strafrechtelijke handhaving onvoldoende effectief kan zijn, zal de afdekking daarvan met een strafbaarstelling dan in beginsel ook niet op het daadstrafrechtbeginsel of het wederrechtelijkheidsbeginsel hoeven af te stuiten.

De strafbaarstelling raakt dus geen personen die geen plannen hebben om naar het gebied af te reizen of daar te verblijven en evenmin personen die afreizen of verblijven binnen de voorwaarden van een daartoe verkregen visum. In zoverre maakt dus niet reeds de gelding van visumplichtstrafbaar-

19 Vgl. J.A.E. Vervaele, 'Historische ontwikkeling van het bijzonder strafrecht', in: F.G.H. Kristen e.a. (red.), *Bijzonder strafrecht; strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 9-38 op i.h.b. p. 11 en 21.

stellingen voor aanzienlijke groepen personen inbreuk op het *recht op vrijheid van beweging c.q. het recht om het land te verlaten* (art. 2 lid 2 Vierde Protocol EVRM, art. 12 lid 2 IVBPR). Die inbreuk – dat is nog geen schending – zal er in beginsel slechts zijn wanneer iemand een visum na aanvraag wordt geweigerd of wanneer dit onder dusdanige beperkingen wordt toegekend dat betrokkene diens mensenrecht niet volledig kan uitoefenen. Indien betrokkene daarop de visumplicht overtreedt en dit tot toepassing van een visumplichtstrafbaarstelling jegens hem leidt, zal dit de inbreuk op het mensenrecht verder verzwaren. Naast een inbreuk op het recht om het land te verlaten, kunnen zich onder omstandigheden ook inbreuken op *andere mensenrechten* voordoen, waaronder het recht op privé- en familieleven (art. 8 EVRM, art. 17 IVBPR), het recht op vrijheid van geloofsovertuiging c.q. religie (art. 9 EVRM, art. 18 IVBPR) en het recht op vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM, art. 19 IVBPR).

Wanneer sprake is van een van de genoemde inbreuken, zal deze – om te kunnen worden gerechtvaardigd – in concreto dienen te voldoen aan de voorwaarden uit het klassieke toetsingsschema: voorzien bij wet, legitiem doel en noodzakelijk in een democratische samenleving. Op zichzelf hoeft geen van deze voorwaarden aan invoering en toepassing van een visumsysteem in de weg te staan. In concrete gevallen zal normaliter vooral het *noodzakelijkheidsvereiste* cruciaal zijn. Het zal er dan om gaan of de mensenrechteninbreuk – d.w.z. de weigering van een visum, de aan een visum gestelde beperkingen, de intrekking van een visum en/of de toepassing van een visumplichtstrafbaarstelling wegens overtreding van de visumplicht – in het concrete geval ten opzichte van het individu proportioneel, subsidiair en effectief is. Daarbij zal enerzijds worden gekeken naar de belangen die betrokkene bij uitoefening van zijn recht heeft (waartoe ook van gewicht kan zijn hetgeen betrokkene wel of juist niet zelf ter ondersteuning van de aanvraag heeft aangevoerd) en anderzijds naar het doel van de inbreukmakende maatregel (dat doel is, nog eens kort gezegd: 1. tegengaan jihadisme, 2. bescherming Nederlandse veiligheid, en 3. kunnen aanhouden, verhoren en vervolgen van 'foreign terrorist fighters').

Veel hangt dus af van de concrete omstandigheden van het geval. Niettemin menen wij dat in het algemeen geldt dat een visum kan worden geweigerd, beperkt of ingetrokken bij iemand tegen wie voldoende serieuze aanwijzingen van terroristische bedoelingen of betrokkenheid bestaan. In het algemeen zal dit ook toelaatbaar zijn jegens andere personen die onvoldoende legitieme redenen hebben om naar het terroristisch grondgebied af te reizen en daar te verblijven. Indien iemand zulke legitieme redenen daarentegen wel heeft, terwijl tegen deze persoon geen aanwijzingen omtrent terroristische bedoelingen of betrokkenheid dan wel ander materieel wederrechtelijk gedrag bestaan, zal visumweigering, visumbeperking of visumintrekking al gauw als een niet-noodzakelijke inbreuk kunnen gelden. Of toepassing van een visumplichtstrafbaarstelling tegen iemand die de visumplicht schendt op

bezwaren stuit, lijkt ons evenzeer afhankelijk van het geval te zijn. Wanneer iemand verwijtbaar geen visum heeft aangevraagd alvorens uit te reizen, zal er onzes inziens niet gauw een beletsel zijn om de strafbepaling toe te passen. Het ligt anders bij schending van de visumplicht na visumweigering, visumbeperking of visumintrekking. Indien die weigering, beperking of intrekking niet noodzakelijk is in een democratische samenleving en dus in strijd is met de mensenrechten, kan de strafrechtelijke handhaving van de onrechtmatige beperking onzes inziens moeilijk als noodzakelijk in het concrete geval worden aangemerkt.

Wat betreft de meer procedurele aspecten van het noodzakelijkheidsvereiste is ondertussen nog van belang dat de visumaanvraag kan (en moet) plaatsvinden vooraf aan de reis naar of het (verdere) verblijf op het terroristisch territorium. Aldus biedt een visumsysteem niet alleen ruimte voor een *geïndividualiseerde toetsing* van de concrete zaak, die toetsing kan in zoverre ook periodiek zijn dat na visumweigering, visumbeperking of visumintrekking nieuwe aanvragen zullen kunnen worden gedaan. Bovendien is het bij een visumsysteem mogelijk om in beroep op de rechter te voorzien voor gevallen waarin de autoriteiten het visum weigeren, beperken of intrekken. Ook in dit opzicht kan een visumsysteem veel gemakkelijker dan de overwogen gebiedsstrafbaarstelling in overeenstemming met het noodzakelijkheidsvereiste worden ingericht.

Het voorgaande impliceert tot slot ook dat personen die voornemens zijn naar een terroristisch grondgebied af te reizen of daar te verblijven, van te voren duidelijkheid kunnen verkrijgen omtrent de toelaatbaarheid van hun plannen. Aldus zal van het visumsysteem en de visumplichtstrafbaarstelling in beginsel geen 'chilling effect' uitgaan: er is geen risico meer dat personen zonder terroristische bedoelingen en betrokkenheid het niet aandurven naar het gebied te gaan omdat zij niet weten of zij daarvoor later strafrechtelijk zullen worden aangepakt. Dat zich bij een visumsysteem in beginsel geen 'chilling effect' voordoet is overigens niet alleen van belang voor journalisten en anderen die een belangrijke bijdrage aan het publieke debat leveren in de vorm van substantiële 'civil expression'. Dit voordeel werkt ook ten opzichte van familiebezoekers, pelgrims enzovoort (zie verder de voorbeelden aan het begin van paragraaf 5.2 of in paragraaf 1.3).

Juridische en politieke spanningen in internationale verhouding met andere staten
Zowel een uitreis- en verblijfsvisumplicht als ondersteunende visumplichtstrafbaarstellingen richten zich primair op regulering van reizigersstromen vanuit Nederland en op gedragingen in Nederland. Het vestigen van extraterritoriale rechtsmacht behoort niet tot de kern van de visumplicht en visumstrafbaarstellingen. Deze raken aldus in beginsel niet principieel, juridisch en praktisch aan de soevereiniteit van de andere staat en impliceren ook minder rechtstreeks een waardeoordeel over andere staten dan de overwogen gebiedsstrafbaarstelling doet. Omdat extraterritoriale rechtsmachtves-

tiging niet tot de kern van de strafbaarstelling behoort en in de meeste gevallen van toepassing van de strafbaarstelling ook geen centrale rol zal spelen, is er ook geen spanning met het rechtsmachtleerstuk van de Kompetenz-Kompetenz. De bij de overwogen gebiedsstrafbaarstelling gesignaleerde belemmeringen en bezwaren vanuit het volkenrecht, spelen aldus geen wezenlijke rol bij een uitreis- en verblijfsvisumplicht die met visumplichtstrafbaarstelling wordt ondersteund.

5.5.3 Conclusie visumsysteem met afdekkende strafbaarstelling

De voor de overwogen gebiedsstrafbaarstelling gerezen spanningen en belemmeringen vanuit de verschillende materieel strafrechtelijke, mensenrechtelijke en volkenrechtelijke parameters, doen zich bij een strafrechtelijk afgedekt visumsysteem nauwelijks voor of kunnen daarin gemakkelijk worden vermeden. Uiteindelijk zou het bij zodanig systeem vooral erop aankomen of een eventuele visumweigering, visumbeperking of visumintrekking in het concrete geval voldoet aan de vereisten van proportionaliteit, subsidiariteit en effectiviteit. Ondertussen kan een visumsysteem met ondersteunende visumplichtstrafbaarstellingen zelfs meer toegevoegde waarde ten opzichte van bestaande relevante strafbaarstellingen hebben dan de overwogen gebiedsstrafbaarstelling.

Daarmee is nog zeker niet gezegd dat het visumsysteem invoering verdient. Dit onderzoek is nadrukkelijk geen pleidooi voor invoering daarvan. De vraag of die invoering wenselijk is valt – zoals opgemerkt – ook niet op basis van het voorgaande te beantwoorden, omdat voor die afweging in beeld zal moeten worden gebracht wat de juridische en praktische voordelen en de bezwaren omtrent zodanig systeem zijn. Weliswaar leidt het voorgaande tot de conclusie dat de problemen die zich vanuit de verschillende parameters voordoen bij de verschillende varianten van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling nauwelijks of niet spelen bij een visumsysteem, maar het visumsysteem is niet als geheel zelfstandig aan de paramaters getoetst. Voorts is bijvoorbeeld ook niet bezien of een visumsysteem in het Nederlandse stelsel en beleid past en hoe het zich verhoudt tot het recht op privacy en het recht op dataprotectie. Cruciaal is ten slotte de vraag of een dergelijk systeem in voldoende mate handhaafbaar zou zijn.

5.6 Conclusie

Is het ter bestrijding van het fenomeen van jihadisme en de zogenoemde jihadganger c.q. 'foreign terrorist fighter' mogelijk om tot een passende strafbaarstelling van 'vrijwillig verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' te komen? In het voorgaande is dit strafbaarstellingsidee beoordeeld vanuit drie categorieën parameters.

- Strafrechtelijke parameters: legaliteitsbeginsel, daadstrafrechtbeginsel en wederrechtelijkheidsbeginsel.
- Mensenrechtelijke parameters: relevante internationale mensenrechten, met name het recht om het land te verlaten, het recht op privé- en familieleven, het recht op geloofsovertuiging c.q. religie en het recht op vrijheid van meningsuiting.
- Volkenrechtelijke parameters: soevereiniteitsbeginsel, beginsel van territoriale integriteit, non-interventiebeginsel en bevoegdheid tot vestigen strafrechtelijke rechtsmacht (Kompetenz-Kompetenz).

Vanuit deze parameters zijn omtrent de overwogen gebiedsstrafbaarstelling in essentie vier categorieën van bezwaren en belemmeringen vastgesteld. Dat zijn de volgende.

- De strafbaarstelling is niet zo duidelijk en specifiek mogelijk geformuleerd en is in allerlei gevallen onvoldoende voorzienbaar in haar toepassing.
- De strafbaarstelling omvat wereldwijd alle gebieden die onder controle of invloed van een terroristische organisatie staan.
- De strafbaarstelling ziet ook op allerlei personen die geen terroristische bijdrage leveren of intentie daartoe hebben.
- De strafbaarstelling raakt de soevereiniteit van andere staten.

Afhankelijk van hoe de strafbaarstelling eventueel zou worden ingericht, doen deze problemen zich volledig voor dan wel in mindere mate. Wat betreft die mogelijke inrichting zijn in elk geval de volgende drie varianten denkbaar.

- Ongeclausuleerde gebiedsstrafbaarstelling: de strafbaarstelling geldt voor eenieder waarop de Nederlandse strafwet van toepassing is, waarbij de strafbaarstelling geen bestanddelen bevat die materiële wederrechtelijkheid tot uitdrukking brengen, terwijl evenmin is voorzien in een exceptie door een abstracte dan wel gespecificeerde bijzondere strafuitsluitingsgrond.
- Lijstgeclausuleerde gebiedsstrafbaarstelling: de delictsomschrijving verwijst naar door terroristische organisaties controleerde gebieden die specifiek zijn aangewezen op een lijst.
- Gebiedsstrafbaarstelling met wederrechtelijkheidsclausulering of een bijzondere exceptie: aan de delictsomschrijving worden bestanddelen toegevoegd die materiële wederrechtelijkheid tot uitdrukking brengen en/of bij de strafbepaling wordt een abstracte dan wel gespecificeerde bijzondere strafuitsluitingsgrond opgenomen.

Voor elk van deze varianten is bezien wat de toegevoegde waarde ervan zou zijn ten opzichte van relevante bestaande strafbaarstellingen (zoals art. 101-102 al dan niet jo art. 107a Sr, art. 134a Sr, art. 140a Sr en art. 205 Sr, al dan niet in de vorm van een strafbare poging, voorbereiding of samenspanning en/of deelneming). De verschillende analyses leiden tot de conclusie dat een gebiedsstrafbaarstelling die acceptabel is vanuit de verschillende parameters geen wezenlijke toegevoegde waarde heeft ten opzichte van bestaande strafbaarstellingen, en dat een gebiedsstrafbaarstelling die zodanige meerwaarde wel heeft op gespannen voet staat met verschillende van de parameters en zelfs moet afstuiten op anderen daarvan.

Teneinde nog een extra dimensie aan de beoordeling van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling toe te voegen, is er in het voorgaande vanuit een ander perspectief een vierde variant tegenover gezet:

- Systeem van uitreis- en verblijfsvisa dat met een visumplicht strafbaarstelling wordt ondersteund.

De conclusie is dat de vele voor de overwogen gebiedsstrafbaarstelling vanuit de parameters gerezen bezwaren en belemmeringen, zich bij een strafrechtelijk afgedekt visumsysteem nauwelijks voordoen of gemakkelijk kunnen worden vermeden. Tegelijkertijd kan zodanig systeem zelfs meer toegevoegde waarde ten opzichte van bestaande relevante strafbaarstellingen hebben dan de overwogen gebiedsstrafbaarstelling. Bovendien kan het als eventueel alternatief voor de overwogen gebiedsstrafbaarstelling invulling geven aan internationale instrumenten ter bestrijding van terrorisme en 'foreign terrorist fighters' als U.N. Security Council Resolution 2178 (2014). Dat betekent echter nog zeker niet dat invoering van een visumsysteem wenselijk is. Om te bepalen of dat het geval is zal omtrent het visumsysteem een zelfstandige afweging moeten plaatsvinden. Bij die afweging kan van belang zijn dat de overwogen gebiedsstrafbaarstelling binnen de kaders van het recht niet op een zinvolle wijze valt te realiseren.

Samenvatting

Terrorisme en jihadisme hebben de volle aandacht, zowel in Nederland en andere staten als op Europees en Internationaal niveau. Een bijzonder probleem dat daarbij speelt is het fenomeen van het door zogenoemde jihadgangers c.q. 'foreign terrorist fighters' afreizen naar door terroristische organisaties gecontroleerde territoria (terroristische 'no go zones') en het daarna terugkeren naar het land waar zij woonachtig zijn. In het Nederlandse parlement is in dit verband de gedachte gerezen om te komen tot strafbaarstelling van 'vrijwillig verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied', hierna ook aangeduid als de overwogen gebiedsstrafbaarstelling. De ratio daarvan is 1. tegengaan van de aansluiting van Nederlanders bij terroristische organisaties, deelname aan gewapende strijd en jihadisme, 2. bescherming van de Nederlandse veiligheid, en 3. mogelijk maken van het aanhouden, verhoren en vervolgen van elke teruggekeerde jihadreiziger. Voor wat betreft bijvoorbeeld journalisten dient er daarbij op de een of andere manier in 'uitzonderingsmogelijkheden' te worden voorzien, teneinde te voorkomen dat zij strafrechtelijk aansprakelijk zijn vanwege hun vrijwillig verblijf op door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied.

De vraag die centraal staat in dit onderzoek is in hoeverre kan worden gekomen tot een passende strafbaarstelling van 'vrijwillig verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' gelet op de fundamentele strafrechtelijke beginselen van legaliteit, daadstrafrecht en wederrechtelijkheid (strafrechtelijke parameters), de relevante internationale mensenrechten in het bijzonder uit het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) (mensenrechtelijke parameters), en de internationaal publiekrechtelijke beginselen van soevereiniteit, van territoriale integriteit en inzake de bevoegdheid tot het vestigen van strafrechtelijke rechtsmacht (volkenrechtelijke parameters).

Deze parameters worden in hoofdstukken twee, drie en vier elk afzonderlijk nader uiteen gezet, waarna vervolgens steeds een toetsing plaatsvindt van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling in het licht van deze parameters. Vanwege het ontbreken van een concrete specifieke strafbaarstelling of een conceptvoorstel daartoe tijdens het uitvoeren van dit onderzoek, is het niet mogelijk een specifieke delictsomschrijving en specifieke delictsbestanddelen aan een toetsing te onderwerpen. Wel is het mogelijk de volgende componenten tot uitgangspunt te nemen voor de toetsing: 1. een 'grondgebied' dat onder 'controle' staat, 2. welke controle door een 'terroristische organisatie'

wordt uitgeoefend, en 3. op welk grondgebied sprake is van een 'verblijf' dat 'vrijwillig' is, terwijl 4. bijvoorbeeld 'journalisten' daarbij van strafrechtelijke aansprakelijkheid dienen te zijn uitgesloten.

In *hoofdstuk 2* komt de overwogen gebiedsstrafbaarstelling aan de orde in het licht van drie fundamentele strafrechtelijke ijkpunten: het legaliteitsbeginsel, het daadstrafrechtbeginsel en het wederrechtelijkheidsbeginsel.

Bezien vanuit het legaliteitsbeginsel en meer specifiek het daartoe behorende lex certa-beginsel – dat vereist dat strafbepalingen zo duidelijk en specifiek mogelijk zijn geformuleerd en voorzienbaar zijn in hun toepassing – roepen vooral de componenten van 'controle' en 'terroristische organisatie' problemen op. Alhoewel de begrippen zowel taalkundig als juridisch voldoende duidelijk zijn, kan het moeilijk voorzienbaar zijn tot welk resultaat toepassing van deze concepten leidt ten aanzien van een concreet gebied met instabiele controle door buitenlandse entiteiten. Wanneer in concrete situaties sprake is van controle is als zodanig weinig scherp te krijgen doordat dit concept niet steunt op vast en duidelijk kader van criteria en vooral een feitelijke casuïstische beoordeling vergt. Daarnaast zal het voor burgers slecht voorzienbaar zijn welke in het buitenland opererende entiteiten als terroristische organisaties kwalificeren. De conclusie is uiteindelijk dat het als zodanig strafbaar stellen van 'vrijwillig verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' zoveel duidelijkheids-, specifiteits- en vooral voorzienbaarheidsproblemen oproept dat het vanuit het lex certa-beginsel bezien onwenselijk is een dergelijke ongeclausuleerde strafbaarstelling in te voeren.

Ook verhoudt de overwogen gebiedsstrafbaarstelling zich moeilijk met het daadstrafrechtsbeginsel. De gedraging van het verblijven op een door terroristen gecontroleerd grondgebied betekent in elk geval lang niet altijd dat de verwezenlijking van een delict – laat staan: een bepaald delict – daadwerkelijk realistischer wordt. Van een wezenlijk verband tussen het 'verblijven' en het ontstaan van een strafrechtelijk relevante werkelijkheid is dan geen sprake. Het daadstrafrechtsbeginsel dwingt ten minste tot bezinning en terughoudendheid omtrent strafbaarstelling van op zichzelf niet strafwaardig gedrag. Juist omdat het voorkomen van terrorisme van groot belang is en dus al gauw veel gewicht in de schaal legt, wordt het mogelijk het strafrecht oneindig en totaal over het menselijk leven uit te strekken, terwijl dat nu juist hetgeen is waartegen mede het daadstrafrechtbeginsel beoogt te verzekeren.

Voor zover de overwogen gebiedsstrafbaarstelling zich ook uitstrekt over personen die geen terroristische bedoelingen of betrokkenheid hebben, verhoudt deze zich ook moeilijk tot het wederrechtelijkheidsbeginsel. Personen om wie het hier kan gaan zijn – naast journalisten – onder meer bezoekers van familieleden, zakenlieden en ondernemers, eigenaren van onroerend goed of andere bezittingen ter plaatse, personen die financiële belangen in het gebied hebben, personen die om juridische redenen in het gebied moe-

ten zijn, personen die bona fide religieuze beweegredenen hebben om in of door het gebied te komen, politici, archeologen, wetenschappers, avonturiers, vakantiegangers, quasi journalisten, vertegenwoordigers van niet-gouvernementele mensenrechtenorganisaties, hulpverleners en bemiddelaars bij onder meer ontvoeringen of voor een wapenstilstand. In dergelijke gevallen is zowel direct als concreet indirect moeilijk aanwijsbaar waarin de materiële wederrechtelijkheid van het verblijf – in de zin van onrecht, verwerpelijkheid, schadelijkheid enzovoort met voldoende substantie – is gelegen. Anders dan bij zogenoemde voorfasedelicten (zoals art. 46 Sr, art. 80a Sr, art. 134a Sr en 140a Sr) is hierbij zelfs geen sprake van compensatie van het wederrechtelijkheidstekort in de gedraging als zodanig via de criminele intentie van de betrokkene.

Hoofdstuk 3 betreft een toetsing van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling aan fundamentele mensenrechten uit vooral het EVRM. Reeds de enkele gelding van de overwogen strafbaarstelling van 'het vrijwillig verblijf op door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' zal in elk geval inbreuk maken – dat is nog geen schending – op het recht om het land te verlaten naar een land van vrije keus (art. 2 lid 2 Vierde Protocol EVRM, art. 12 lid 2 IVBPR). Dat geldt althans jegens eenieder die binnen de reikwijdte van de Nederlandse strafwet valt en op een door de strafbaarstelling verboden gebied wenst te verblijven. Dit is sterker het geval naarmate de redenen voor zodanig verblijf zwaarwegender zijn. In meer bijzondere situaties kan er daarenboven jegens zodanige personen sprake zijn van inbreuken op onder meer het recht op privé- en familieleven (art. 8 EVRM, art. 17 IVBPR), het recht op vrijheid van geloofsovertuiging c.q. religie (art. 9 EVRM, art. 18 IVBPR) en/of het recht op vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM, art. 19 IVBPR). Indien op basis van de overwogen strafbaarstelling bovendien dwangmiddelen tegen een individu zouden worden toegepast of wanneer deze op grond daarvan zou worden vervolgd en bestraft, doet dit de zwaarte van de inbreuk verder toenemen.

Alle inbreuken op voormelde rechten kunnen zijn gerechtvaardigd indien zij voldoen aan de voorwaarden uit het klassieke toetsingsschema: voorzien bij wet, legitiem doel en noodzakelijk in een democratische samenleving. Allereerst dringen zich bij de voorwaarde 'voorzien bij wet' dezelfde problemen op als die naar voren komen bij het in hoofdstuk 2 besproken lex certa-beginsel. Dat de overwogen strafbaarstelling een legitiem doel dient staat wel vast. Problematischer is de noodzakelijkheidseis, volgens welke de inbreuk die de strafbaarstelling veroorzaakt proportioneel/evenredig, subsidiair en effectief zal dienen te zijn met het oog op de door de strafbaarstelling nagestreefde doelen. Bezien vanuit de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit is bezwaarlijk dat de strafbaarstelling voor onbepaalde tijd en mogelijk lange duur de keuze beperkt voor burgers om naar bepaalde landen af te reizen. Dat zal sterker gelden naarmate de redenen voor een individu om naar

een verboden gebied af te reizen of daar te verblijven zwaarwegender zijn. Meer procedureel speelt bovendien het probleem dat een dergelijke strafbaarstelling niet voorziet in de mogelijkheid van een geïndividualiseerde periodieke toetsing noch in een geïndividualiseerde rechterlijke toetsing van de toelaatbaarheid van de uitreisbeperking voor een individu dat daardoor wordt geraakt. De automatische werking van de gebiedsstrafbaarstelling (een strafbaarstelling impliceert immers een algemeen verbod) biedt geen ruimte voor het in beschouwing nemen van de individuele omstandigheden van het geval. Voorts stuit de overwogen strafbaarstelling op bezwaren vanuit het effectiviteitsvereiste voor zover die zich ook uitstrekt over personen die niet materieel wederrechtelijk handelen en daartoe ook niet de intentie hebben. Dat de strafbaarstelling ook dergelijke personen belemmert naar bepaalde territoria te reizen, verhoogt feitelijk immers in beginsel niet de veiligheid van Nederland. Het tot stand brengen van een op de casuïstiek toegesneden vervolgingsbeleid kan hooguit zeer ten dele de bezwaren tegen de overwogen gebiedsstrafbaarstelling wegnemen, omdat invoering van de strafbaarstelling reeds als zodanig een belemmering opwerpt om naar allerlei gebieden te gaan.

Hoofdstuk 4 heeft betrekking op de internationaal publiekrechtelijke beginselen van soevereiniteit (inclusief territoriale integriteit en non-interventie) en volkenrechtelijke uitgangspunten over het vestigen van strafrechtelijke rechtsmacht voor strafbaarstellingen die het buitenland raken. Een bijzonder kenmerk van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling is immers dat deze zich niet op in Nederland begane gedragingen richt, maar direct op het verblijven op een tot een andere soevereine staat behorend grondgebied. Per definitie kan de voltooide vorm van het strafbaar feit dan ook alleen in het buitenland worden gepleegd.

De overwogen strafbaarstelling ligt in de sfeer van internationale instrumenten ter bestrijding van terrorisme en 'foreign terrorist fighters' als U.N. Security Council Resolution 2178 (2014). Uit die resolutie vloeit echter niet de verplichting voort om een strafbepaling als de overwogen gebiedsstrafbaarstelling in te voeren en evenmin om extraterritoriale rechtsmacht te vestigen betreffende buitenlandse territoria die onder controle staan van terroristische organisaties. Voorts doet de resolutie niets af aan de volkenrechtelijke beginselen inzake de soevereiniteit van staten en de vestiging van extraterritoriale rechtsmacht. Doordat de overwogen gebiedsstrafbaarstelling betrekking heeft op territoria die tot andere soevereine staten behoren, zodat het hier gaat om legislatieve extraterritoriale rechtsmachtvestiging, zal invoering van die strafbaarstelling de soevereiniteit van die andere staten raken. Daarbij komt dat de strafbaarstelling de situatie op het territorium van die andere staat zelfs daadwerkelijk kan beïnvloeden. Het volkenrecht impliceert echter geen harde of absolute belemmering voor de invoering van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling. Noch het algemene beginsel van soevereine

gelijkheid van staten noch de meer specifieke beginselen van territoriale integriteit en non-interventie vormen daarvoor een blokkade. Dat is evenmin het geval wanneer men het beziet vanuit de rechtsmachtbeginselen die samenhangen met het leerstuk van de Kompetenz-Kompetenz, dat ziet op de macht om rechtsmacht te creëren. Bij deze algemene conclusie gelden echter twee wezenlijke reserveringen.

De eerste is dat extraterritoriale rechtsmachtvestiging met de overwogen gebiedsstrafbaarstelling weliswaar niet is verboden, maar dat wil niet zeggen dat die vestiging ook onomstreden of onproblematisch zal zijn. Er doet zich wel degelijk een spanning voor met de soevereiniteit van de andere staat en met het volkenrechtelijke rechtsmachtrecht waarin territorialiteit centraal staat en extraterritoriale rechtsmachtvestiging als uitzondering geldt. Daarbij komt dat wanneer een staat op bijzondere wijze extraterritoriale jurisdictie claimt, zoals bij invoering van de overwogen strafbaarstelling zou gebeuren, dit invloed kan hebben op de verdere ontwikkeling van het volkenrecht. Het kan dan ook betekenen dat die staat – hier: Nederland – zal moeten accepteren dat vervolgens jegens haarzelf ook andere staten op soortgelijke wijze rechtsmacht claimen. De vraag is dus of de overwogen gebiedsstrafbaarstelling het waard is om juridische en politieke spanningen in de internationale verhoudingen met andere staten op te wekken.

De tweede reservering is dat bij mensenrechten die tot het gewoonterecht behoren en een belemmering zijn voor invoering van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling, er rekening mee moet worden gehouden dat in zoverre wel een verbod zou kunnen bestaan om voor het strafbaar gestelde feit extraterritoriale rechtsmacht te vestigen. Dat zou dan vooral problematisch kunnen zijn voor zover de strafbaarstelling zich ook uitstrekt over personen die door de strafbaarstelling daadwerkelijk wezenlijk in de uitoefening van mensenrechten worden beperkt terwijl zij geen terroristische betrokkenheid of intenties hebben. Los daarvan zou het doen uitstrekken van de strafbaarstelling over dergelijke personen spanningen opleveren met diverse uitgangspunten van rechtsmachtvestiging. Meer in het bijzonder is dat het geval vanwege de 'none of your business rule' die inhoudt dat staten geen rechtsmacht dienen te vestingen indien zij daarbij geen reëel belang hebben, het signaal van inadequate wetgeving en/of handhaving in het andere land en het gebrek aan een adequate rechtsmachtgrondslag doordat het universaliteitsbeginsel en het beschermingsbeginsel de strafmachtsvestiging omtrent dergelijke personen moeilijk kunnen rechtvaardigen.

Tot slot biedt *Hoofdstuk 5* een synthese van de bevindingen en conclusies uit de voorafgaande hoofdstukken, welke zo veel mogelijk concreet zijn toegespitst op vier varianten, waarvan een als alternatief voor strafbaarstelling van uitreizen naar en/of verblijven op een terroristisch territorium: (I) het ongeclausuleerd strafbaar stellen van 'het vrijwillig verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied'; (II) het vermelden van de

verboden grondgebieden waarom het gaat op een lijst waarnaar de strafbaarstelling verwijst; (III) het opnemen van een wederrechtelijkheidsbestanddeel in de overwogen strafbaarstelling en/of het bij de overwogen strafbaarstelling voorzien in een abstracte dan wel gespecificeerde bijzondere strafuitsluitingsgrond; (IV) het als alternatief voor de strafbaarstelling invoeren van een systeem waarin men voor vrijwillig verblijf op (bepaalde) door terroristische organisatie controleerde grondgebieden een door de Nederlandse staat uit te geven uitreis- of verblijfsvisum dient aan te vragen en vervolgens te verkrijgen, waarbij het niet voldoen aan deze verplichting als een strafbaar feit geldt. De behandeling van elk van de vier varianten vindt plaats vanuit de belangrijkste bezwaren en belemmeringen en niet vanuit achtereenvolgens de verschillende parameters. Bij de synthetisering die dit oplevert wordt voor elk van de vier varianten bovendien steeds kort bezien in hoeverre invoering van die variant toegevoegde waarde zou kunnen hebben ten opzichte van andere reeds bestaande strafbaarstellingen. Het gaat dan in het bijzonder om delicten als art. 101-102 (treden in vreemde krijgsdienst en hulpverlening aan de vijand) al dan niet jo art. 107a Sr (overeenkomstige toepassing van art. 100 sub 2° Sr en de artt. 101-107 Sr in geval van een gewapend conflict dat niet als oorlog kan worden aangemerkt en waarbij Nederland is betrokken, hetzij ter individuele of collectieve zelfverdediging, hetzij tot herstel van internationale vrede en veiligheid), art. 134a Sr (voorbereiding en training terrorisme), art. 140a Sr (deelneming aan terroristische organisatie) en art. 205 Sr (aanwerven voor gewapende strijd), al dan niet in relatie tot poging in de zin van art. 45 Sr, voorbereiding in de zin van art. 46 Sr, samenspanning in de zin van art. 80 en/of deelneming in de zin van art. 47 Sr. Overigens worden deze andere strafbaarstellingen niet als zodanig zelfstandig beoordeeld; deze komen slechts aan de orde voor zover dat nodig is ter beoordeling van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling.

Variant I: Invoering van een ongeclausuleerde strafbaarstelling van 'vrijwillig verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' zou de autoriteiten ruimere mogelijkheden voor strafrechtelijk optreden tegen mogelijke jihadgangers/'foreign terrorist fighters' bieden dan de bestaande strafbaarstellingen. Zodanige strafbaarstelling kan echter niet de toets aan de verschillende parameters doorstaan. Dat gaat ook op indien daarbij nog wel in een wettelijke uitzondering voor journalisten zou worden voorzien. In de kern spelen vier, soms met elkaar samenhangende problemen: 1. de strafbaarstelling is niet zo duidelijk en specifiek mogelijk geformuleerd en is in allerlei gevallen onvoldoende voorzienbaar in haar toepassing; 2. de strafbaarstelling omvat wereldwijd alle gebieden die onder controle of invloed van een terroristische organisatie staan; 3. de strafbaarstelling ziet ook op personen die geen terroristische bijdrage leveren of intentie daartoe hebben; 4. de strafbaarstelling raakt de soevereiniteit van andere staten.

Variant II: Invoering van een gebiedsstrafbaarstelling die is beperkt tot specifiek op een terroristisch-grondgebiedlijst vermelde territoria – en in die

zin dus is geclausuleerd – neemt een aantal belangrijke obstakels weg. Het lost de bezwaren op die voortvloeien uit het lex certa-beginsel (strafrechtelijke parameter) en het 'voorzien bij wet' vereiste (mensenrechtelijke parameter). Verder kan beperking via zodanige lijst de spanning verminderen – maar niet volledig wegnemen – met de volkenrechtelijke parameters. Voordeel van een dergelijke benadering is verder dat die de toegevoegde waarde van de gebiedsstrafbaarstelling ten opzichte van bestaande strafbaarstelling nauwelijks reduceert. Een lijstclausulering verhelpt echter niet de bezwaren die er het gevolg van zijn dat de strafbaarstelling ook ziet op personen die geen terroristische bijdrage leveren of intentie daartoe hebben.

Variant III: Het is mogelijk om in de gebiedsstrafbaarstelling bestanddelen op te nemen die voldoende invulling geven aan materiële wederrechtelijkheid om de straffeloosheid te verzekeren van personen die niet bijdragen aan de terroristische organisatie noch anderszins materieel wederrechtelijk handelen in het terroristische territorium en daartoe ook niet de intentie hebben. In dat opzicht zou de strafbaarstelling niet langer hoeven af te stuiten op onder meer het legaliteitsbeginsel, het daadstrafrechtbeginsel, het wederrechtelijkheidsbeginsel, de relevante mensenrechten en het eventuele volkenrechtelijke verbod om extraterritoriale rechtsmacht te vestigen, de 'none of your business rule' en het gebrek aan een adequate rechtsmachtgrondslag. Het zou echter weinig afdoen aan de internationaal juridische en politieke nadelen die invoering van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling kan hebben. Nu deze bezwaren inherent zijn aan de overwogen gebiedsstrafbaarstelling, in welke vorm die ook tot stand zou komen, zijn deze alleen te vermijden indien van invoering van de strafbaarstelling wordt afgezien. Een belangrijk punt is bovendien dat zodanige strafbaarstelling weinig of geen toegevoegde waarde heeft ten opzichte van (de strafvorderlijke mogelijkheden ingevolge) bestaande strafbaarstellingen.

Het is – als alternatief – ook mogelijk straffeloosheid voor voormelde personen te realiseren door bij de strafbaarstelling een exceptie op te nemen (een abstracte dan wel gespecificeerde bijzondere strafuitsluitingsgrond). Deze benadering behoudt grotendeels de (strafvorderlijke) meerwaarde van de gebiedsstrafbaarstelling ten opzichte van bestaande strafbaarstellingen. Daar staat echter tegenover (zelfs indien daarnaast lijstclausulering plaatsvindt) dat gebruikmaking van excepties voor deze personen een zekere spanning oplevert met het uit het lex certa-beginsel voortvloeiende specificiteitsvereiste. Daarnaast betekent de constructie van excepties in beginsel dat personen die legitieme redenen hebben om naar het verboden gebied af te reizen en daar te verblijven a priori toch onder de strafbaarstelling vallen, dat zij in bepaalde gevallen geen rechtszekerheid hebben over hun straffeloosheid en dat aldus een zeker 'chilling effect' van de strafbaarstelling kan blijven uitgaan. Bovendien geldt ook hier dat opneming van excepties de internationaal volkenrechtelijke en politieke nadelen die invoering van de overwogen gebiedsstrafbaarstelling kan hebben niet zou wegnemen.

Variant IV: De voor de overwogen gebiedsstrafbaarstelling gerezen spanningen en belemmeringen vanuit de verschillende materieel strafrechtelijke, mensenrechtelijke en volkenrechtelijke parameters, doen zich bij een strafrechtelijk afgedekt visumsysteem nauwelijks voor of kunnen daarin gemakkelijk worden vermeden. Uiteindelijk zou het bij zodanig systeem vooral erop aankomen of een eventuele visumweigering, visumbeperking of visumintrekking in het concrete geval voldoet aan de vereisten van proportionaliteit, subsidiariteit en effectiviteit. Ondertussen kan een visumsysteem met ondersteunende visumplichtstrafbaarstellingen zelfs meer toegevoegde waarde ten opzichte van bestaande relevante strafbaarstellingen hebben dan de overwogen gebiedsstrafbaarstelling. Daarmee is nog zeker niet gezegd dat het visumsysteem invoering verdient en vormen deze conclusies nadrukkelijk geen pleidooi voor invoering daarvan. De vraag of zodanig visumsysteem wenselijk, haalbaar of effectief is, valt ook niet op basis van dit onderzoek te beantwoorden, nu het visumsysteem niet als geheel zelfstandig aan de parameters is getoetst. Om te bepalen of de invoering ervan wenselijk is zal omtrent het visumsysteem een zelfstandige afweging moeten plaatsvinden. Bij die afweging is de conclusie van dit onderzoek van belang dat de strafbaarstelling van 'vrijwillig verblijf op een door een terroristische organisatie gecontroleerd grondgebied' binnen de kaders van het recht niet op een zinvolle wijze valt te realiseren.

Executive summary

Terrorism and Jihadism have the full attention of policy and decision makers on the international and European level, as well as domestically both in the Netherlands and other states. A significant issue is the phenomenon of the so-called Jihadis or 'foreign terrorist fighters' who travel to territories controlled by terrorist organizations (so-called 'no go zones') and later return to the country of their residence. Confronting this issue the Dutch Parliament raised the idea of criminalization of 'voluntary stay in a territory controlled by a terrorist organization', hereinafter also referred to as the 'proposed territorial ban/or proposed criminal offence'. The rationale for this proposal is: 1. countering the Dutch citizens' connection to terrorist organizations and their participation in armed conflict and Jihadism; 2. protecting Dutch national security; and 3. enabling the arrest, interrogation and prosecution of any returned Jihad travellers. However, an exception must be provided to, for example, journalists in order to circumvent their criminal responsibility for their voluntary stay in a territory controlled by a terrorist organization.

The central question in this research is to what extent can appropriate criminalization of 'voluntary stay in a territory controlled by a terrorist organization' be determined taking into account: fundamental principles of criminal law, i.e. the principle of legality and the requirements that only human conduct is criminally punishable and only if it is wrongful (the criminal law parameters); relevant international human rights, in particular those guaranteed by the European Convention on Human Rights (ECHR) (human rights parameters); and public international law principles of sovereignty, territorial integrity and the authority to assert criminal jurisdiction (public international law parameters).

Chapters two, three and four address each of these parameters in greater detail and analyse the 'proposed territorial ban' in light of each of the named parameters. Chapter five offers syntheses, assessment and final conclusions. Due to the lack of a concrete specific criminal offense or a draft proposal to that effect (there is no bill or a proposal available) during this research, it is not possible to directly test a specific offense and offense specific elements. However, it is possible to delineate the following components as a starting point for analysis: 1. a 'territory' which is under 'control'; 2. the control is exercised by a 'terrorist organization'; 3. a person 'stays' in that territory 'voluntarily'; and 4. there should be an exception to criminal responsibility for individuals such as, for example, 'journalists'.

Chapter 2
In Chapter two, the 'proposed territorial ban' is analysed from the perspective of three basic concepts of criminal law, namely the principle of legality, the requirement that only human conduct is criminally punishable and the requirement that that conduct must be wrongful to incur criminal responsibility.

From the perspective of the principle of legality and, more specifically, the underlying principle of *lex certa* – which requires that criminal offences are clearly defined by law, accessible and foreseeable in their application to the individual – particularly the components of 'control' and 'terrorist organization' are problematic. Although both concepts are sufficiently clear both linguistically and legally, it can be difficult to foresee the exact extend of their application in practical terms given, at times, uncertainty about what entity exactly controls which (part) of a particular territory at a given moment. In specific situations it would be difficult to determine when a territory is 'controlled' due to the changing nature of conflict as well as a lack of clearly defined legal criteria for evaluation and the strong dependence on factual circumstances for that determination. In addition, it might be difficult for citizens to foresee what entities operating abroad qualify as a 'terrorist organization'. The final conclusion is that the criminalization of 'voluntary stay in a territory controlled by a terrorist organization,' as such, brings about so many problems with regard to clarity, specificity, and, particularly, foreseeability that from the perspective of the *lex certa* principle it is considered undesirable to create such an unqualified criminal offence.

Furthermore, the proposed territorial ban is problematic from the perspective of the requirement that only human *conduct* (acts and omissions) can be subjected to criminal punishment (the requirement of human conduct). The conduct of staying in a particular area controlled by terrorists does not in and of itself mean that the fulfilment of a criminal offence – let alone a specific criminal offence – is actually realised. When somebody stays within a terrorist controlled area without contributing or intending to contribute to terrorism in any way, there is no significant correlation between that person's presence in that area and the emergence of a situation that is relevant from the perspective of criminal justice. Importantly, the requirement that only human conduct (acts and omissions) can incur criminal liability compels, at least, towards consideration and restraint in criminalising behaviour that is not criminal in itself. Given the fact that prevention of terrorism is of great societal importance, policy makers must be particularly careful not to extend the application of criminal law to cover all aspects of human life.

To the extent that the proposed territorial ban covers individuals who do not have any terrorist intentions or any involvement with a terrorist group, it creates moreover a tension with the requirement that only *wrongful* conduct can incur criminal responsibility (the requirement of wrongfulness). Such individuals, next to journalists, can be inter alia family members, business peo-

ple and entrepreneurs, owners of real estate and other assets, people who have financial and legal interests or obligations in the prohibited area, persons who have bona fide religious reasons to go into or through the prohibited area, politicians, archaeologists, scientists, adventurers, travellers, quasi-journalists, representatives of non-governmental and/or human rights organizations, humanitarian aid workers and kidnapping and ceasefire negotiators. In these cases, it is difficult to identify, directly and indirectly, the substantial wrongfulness – in the sense of injustice, reprehensivness, harm, etc. – of their conduct of staying in the prohibited area. Unlike in cases of the so-called inchoate offenses (such as Articles 46, 80a, 134a, 140a of the Criminal Code (CC)), there is no compensation for deficit of wrongfulness by the criminal intent of the individual.

Chapter 3

In the third chapter the proposed territorial ban is analysed from the perspective of fundamental human rights and freedoms with particular reference to the ECHR. The criminalisation of 'voluntary stay in a territory controlled by a terrorist organization' constitutes an infringement – that is not a violation per se – of the right to leave any country including their own for a country of the person's choice (Article 2 § 2 Protocol IV ECHR, Article 12 § 2 of the ICCPR). The interference with this right affects any person who falls within the jurisdiction of the Dutch criminal law and wishes to stay in the prohibited territory. The infringement will be more severe where the reasons to stay in such an area become more compelling. Depending of the concrete circumstances of a particular case, also the right to privacy and family life (Article 8 ECHR, Article 17 ICCPR), the right to freedom of belief or religion (Article 9 ECHR, Article 18 ICCPR) and/or the right to freedom of expression (Article 10 ECHR, Article 19 ICCPR) might be infringed. Interference with these rights is more severe when an individual is subjected to coercive measures and/or that individual is prosecuted and punished.

Any interference with these rights can be justified only when the three classical requirements are fulfilled: prescribed by law, serving a legitimate aim and necessary in a democratic society. With regard to the requirement of 'prescribed by law', the proposed territorial ban encounters the same problems as discussed in the framework of the *lex certa* principle (Chapter 2). That the proposed territorial ban serves a legitimate aim is, as such, undisputable. More problematic is the necessity requirement, according to which the infringement caused by the criminal offense should be proportional, subsidiary, and effective in view of the objectives pursued by the infringing measure. With regard to the principles of proportionality and subsidiarity it is objectionable that the criminalisation interferes with individuals' right to choose their travel destinations, which may be for protracted periods of time. The stronger the reasons are to travel and stay in prohibited areas the more severe the interference with fundamental rights will become. From a more

procedural perspective, it must be added that such a criminalisation does not allow for an individualised periodical review of the necessity of interference by a judicial authority. The automatic application of the proposed territorial ban (criminalisation implies a general prohibition) does not leave room for taking into consideration the individual circumstances of each case.

Furthermore, the proposed territorial ban is problematic from the perspective of the requirement of effectiveness to the extent that it covers individuals who do not have any terrorist intentions or any such involvement. Limiting these individuals' right to travel to the specific prohibited areas does not in itself increase the national security of the Netherlands. Creating a prosecution policy that could take into account the necessary factual circumstances, only partially addresses the said objections against the proposed territorial ban, since introducing a general prohibition, as such, creates a barrier to travel to all sorts of areas/territories.

Chapter 4

This chapter deals with the public international law principles of sovereignty (including territorial integrity and non-intervention) and the authority to exercise criminal prescriptive jurisdiction to acts committed abroad. A special feature of the proposed territorial ban is that it does not cover behaviour committed on Dutch territory, but directly addresses conduct that is committed on the territory of another sovereign state. By definition, the proposed offense can only be completed abroad.

The proposed territorial ban clearly relates to international instruments that intend to combat terrorism and 'foreign terrorist fighters', such as the UN Security Council Resolution 2178 (2014). From this resolution, however, an obligation cannot be derived to enact such a criminal offence as the proposed territorial ban, nor to assert extraterritorial jurisdiction over territories that are controlled by terrorist organisations. In addition, the resolution does not in any way add to or detract from the public international law principles of sovereign equality of states and the principle of establishment of extraterritorial jurisdiction. It is due to the fact that the proposed territorial ban relates to territories belonging to other sovereign states, the establishment of such a prescriptive extraterritorial jurisdiction certainly touches upon the sovereignty of the other state. In fact, such establishment may even affect the actual situation on the territory of that other state. However, international law does not impose an absolute impediment to the enactment of the proposed territorial ban, as such. Such jurisdictional establishment is not in itself prohibited by the principle of sovereign equality of states nor the more specific principles of territorial integrity and non-intervention or the fundamental principles associated with the doctrine of Kompetenz-Kompetenz, which refers to the power of a state to demarcate its own jurisdiction. It must be added, however, that this general conclusion must be subjected to two important qualifications.

The first is that although the establishment of extraterritorial jurisdiction in relation to the proposed territorial ban is not prohibited, this does not mean that such jurisdiction is uncontroversial or unproblematic. A tension clearly arises with regard to sovereignty of another state and the power to create jurisdictional bases that, in principle, should be territorial and extraterritorial only by exception. In addition, when a state is claiming extraterritorial jurisdiction in such a specific way as in case of the proposed territorial ban, it could affect the further development of international law. It may mean that the jurisdiction claiming state – in this case the Netherlands – has to accept that other states will claim jurisdiction in a similar way. The question is therefore whether the proposed territorial ban is worth the potential legal and political tensions in international relations with other states.

The second qualification is that to the extent customary human rights norms do create an impediment to the enactment of the proposed territorial ban, this could mean that a claim for such extraterritorial jurisdiction could not be legitimate under public international law. This is of particular importance with regard to individuals whose human rights are severely limited while they do not have any terrorist intentions or any such involvement. Extending a jurisdictional claim over these individuals creates tension with state's power to establish prescriptive jurisdiction. More specifically, this is due to the 'none of your business rule' that holds that States should not establish jurisdiction if they have no real interest in doing so, the signal that such a jurisdictional claim reflects on the (in)adequacy of foreign state's legislative and/or enforcement system and the lack of an adequate jurisdictional basis because the universality and protective principles hardly justify the jurisdictional claim of such persons.

Chapter 5

Lastly, this chapter synthesises the findings and the conclusions from the preceding chapters, by focusing as much as possible on four concrete variants for criminalising the travel to and/or stay in areas that are controlled by terrorists: (I) an unqualified offence of 'voluntary stay in a territory controlled by a terrorist organization'; (II) specification of the prohibited areas falling within the scope of prohibition on a separate list to which the proposed criminal offence refers; (III) the inclusion of notions of wrongfulness as specific offence elements and/or providing for a general or a specific ground (excuse of justification) for excluding criminal responsibility; and (IV) alternatively, introducing a visa system, i.e. a system that obliges anyone who is planning to travel to and/or reside in specified areas that are under the control of terrorist organisations to request and obtain a travel or residence visa; and that failure to request such a visa would constitute a criminal offence. The analysis within these four possibilities proceeds from the perspective of the most salient problematic areas and obstacles rather than from a successive discussion of the identified parameters. The discussion of the four possibilities briefly addresses the added value of each of the variants in relation

to the already existing criminal offences. These concern, in particular, the following criminal acts: enlistment into a foreign military force and aid to the enemy (Article 101-102 CC, whether or not in conjunction with Article 107a CC which secures analogous application of these provisions in the event of armed conflict that can not be classified as war and in which the Netherlands is involved, either to individual or collective self-defence or to recover international peace and security), preparation of and training for terrorism (Article 134a CC), participation in a terrorist organization (Article 140a CC) and recruiting for armed conflict (Article 205 CC), whether or not as an inchoate offense (attempt, Article 45 CC; preparation, Article 46 CC; conspiracy, Article 80 CC) and/or in the form of criminal participation (Article 47 CC).

Variant I: Introduction of an unqualified criminalization of 'voluntary stay in a territory controlled by a terrorist organization' would increase the possibilities for the authorities to apply powers of criminal law and procedure against potential jihadist/'foreign terrorist fighters' as compared to the existing possibilities. However, such criminalisation does not pass the test presented by the various parameters. This is true even if an exception for journalists, or the like, is created. Basically, four interrelated problems present themselves: 1. the criminal offence cannot be clearly defined by law, nor be specific enough or reasonably foreseeable as to its application; 2. it covers all areas worldwide that are controlled by terrorists organisations; 3. it covers individuals who do not have any terrorist intentions or any such involvement; and 4. it affects the sovereignty of other states.

Variant II: Limiting the proposed criminal offence to areas that are specifically mentioned on a list would address several of the identified obstacles. Qualifying the proposed territorial ban in such manner would negate the problems related to the *lex certa* principle (criminal law parameters) and the requirement that an interference with a human right can only be justified if it is prescribed by law (human rights parameters). In addition, the limitation of the proposed territorial ban to areas specified on a public list would diminish – but not fully eliminate – the tension with the public international law parameters. An additional advantage of limiting the relevance of the proposed criminal offence to a public list is that it retains its added value as compared to existing criminal offences. The issue that still remains problematic is that such limitation does not address the concerns that follow from the fact that the proposed criminal offence also covers individuals who do not have any terrorist intentions or any such involvement with terrorist groups.

Variant III: It proves possible to address the problem that the proposed criminal offence also convers individuals who do not have any terrorist intentions or any such involvement with terrorist groups by including offence specific elements that relate to wrongfulness of the conduct so as to exempt these individuals from criminal liability. This approach would ensure that the proposed territorial ban would not be problematic from the perspective of: various fundamental criminal law principles (legality, requirement of

human conduct, requirement of wrongfulness); relevant human rights; the possible prohibition to claim extraterritorial jurisdiction whenever it contradicts human rights that are customary law; the 'none of your business rule'; and the lack of appropriate jurisdictional basis for such a jurisdictional claim. However, this variant does not address the international legal and political disadvantages that are created by such a criminal offence. Because these disadvantages are inherent to any format of the territorial ban as proposed, they can only be removed if and when such a criminal offence is not introduced. Importantly, introduction of a criminal offence according to this third variant would add little or no added value to the possibilities as compared to existing relevant criminal offences.

As an alternative, it would be possible to reduce the scope of affected individuals who do not have any terrorist intentions or any such involvement by introducing an abstract or specified defence. This approach would retain most of the added value as compared to the existing offences. However, even if an additional limitation of specifically identified territories on a list is introduced, this variant remains problematic from the perspective of *lex certa*'s requirement of specificity. Moreover, a defence can justify criminal conduct only *ex post facto*. This means that persons who have legitimate reasons to travel to the prohibited areas a priori incur criminal liability, which jeopardizes legal certainty and creates a 'chilling effect' on the willingness to travel to those areas. Moreover, this variant III criminal offence does not diminish the international legal and political disadvantages that are inherent to the territorial ban.

Variant IV: The tensions and disadvantages in relation to criminal law, human rights and public international law parameters do not occur – or at least to a much lesser extend – within the alternative of a system of travel or residence visa. Ultimately, the main issue with such visa system is whether any refusal, restriction or retraction of such visa in a concrete case would be compatible with the requirements of proportionality, subsidiarity and effectiveness. Meanwhile, a travel or residence visa system clearly has added value as compared to the existing criminal offences, even more than the proposal for an unqualified territorial ban. This does not mean that it is concluded that a visa system should be introduced. On the basis of the underlying research it is simply not possible to answer the question of whether such a visa system is desirable, achievable or effective, for this system has not been independently analysed and evaluated in light of the different parameters. For such analysis and evaluation, however, the final conclusion of this study is relevant, namely that the proposed criminalisation of 'voluntary stay in a territory controlled by a terrorist organization' cannot be meaningfully realised within the existing legal parameters.

Parlementaire stukken en internationale documenten

DOCUMENTEN VERENIGDE NATIES

Security Council (SC)

- UN Security Council Resolution 1267, *U.N. Doc.* S/RES/1267, 15 October 1999.
- UN Security Council Resolution 1988, *U.N. Doc.* S/RES/1988, 17 June 2011.
- UN Security Council Resolution 1989, *U.N. Doc.* S/RES/1989, 17 June 2011.
- UN Security Council Resolution 2170, *U.N. Doc.* S/RES/2170, 15 August 2014.
- UN Security Council Resolution 2178, *U.N. Doc.* S/RES/2178, 24 September 2014.

General Assembly (GA)

- UN General Assembly Resolution 2625 (XXV), *U.N. Doc*. A/8082, 24 October 1970.
- UN General Assembly Resolution 2131, *U.N. Doc*. A/RES/36/103, 9 December 1981.

United Nations High Commissioner for Human Rights (UNHCHR)

- Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, *U.N. Doc*. A/HRC/28/28, 19 December 2014**.**

DOCUMENTEN EUROPESE UNIE

Raad van de Europese Unie

- Council of the European Union, 'Outline of the counter-terrorism strategy for Syria and Iraq, with particular focus on foreign fighters', Brussels: General Secretariat of the Council, 16 January 2015, 5369/15, ANNEX DG C 2C.
- Council Decision (CFSP) 2015/521 of 26 March 2015 updating and amending the list of persons, groups and entities subject to Articles 2, 3 and 4 of Common Position 2001/931/CFSP on the application of specific measures to combat terrorism, and repealing Decision 2014/483/CFSP, *Pb.EU* L 82/107, 27 March 2015.

Europees Parlement

- Richtlijn 95/46/EG van het Europese Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, *Pb EG* L 281 van 23 november 1995.

DOCUMENTEN ANDERE ORGANISATIES

Raad van Europa

- Council of Europe Recommendation CM/Rec(2007)16 of the Committee of Ministers to member states on measures to promote the public service value of the Internet.

DOCUMENTEN NEDERLAND

Parlementaire stukken

- *Kamerstukken II* 1990-1991, 22 008, nr. 2 (Beleidsplan Zicht op wetgeving).
- *Kamerstukken II* 1990-1991, 22 268, nr. 3 (MvT, Strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen).
- *Kamerstukken I* 2012-2013, 33 400 VI, G (Brief, Vaststelling van de begrotingsstaten van het Ministerie van Veiligheid en Justitie (VI) voor het jaar 2013).
- *Kamerstukken II* 2012-2013, 34 032, nr. 49 (Brief, AIVD).
- *Kamerstukken II* 2013-2014, 29 754, nr. 253 (Brief, Integrale Aanpak jihadisme).
- *Kamerstukken II* 2014–2015, 33 945, nr. 2 (Verslag Commissie Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten over werkzaamheden 2013).
- *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 000 IV, nr. 30 (Motie Dijkhoff/Oskam).
- *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 000 VI, nr. 2 (MvT, Vaststelling van de begrotingsstaten van het Ministerie van Veiligheid en Justitie (VI) voor het jaar 2015).
- *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 027, nr. 3 (MvT, Wijziging van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 in verband met de invoering van een onafhankelijke bindende toets voorafgaand aan de inzet van bijzondere bevoegdheden jegens journalisten, welke gericht is op het achterhalen van hun bronnen).
- *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 032, nr. 2 (Voorstel, Bronbescherming in strafzaken).
- *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 032, nr. 3 (MvT, Bronbescherming in strafzaken).

- *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 051, nr. 3 (MvT, Initiatief wetsvoorstel verruiming vrijheid van meningsuiting).
- *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 051, nr. 4 (Advies Raad van State, Initiatief wetsvoorstel verruiming vrijheid van meningsuiting).

- *Handelingen II*, 15 oktober 1991, 10-535.
- *Handelingen II*, 15 oktober 1991, 10-538.
- *Handelingen II*, 26 november 2014, 29-7 (Stemmingen moties begroting Veiligheid en Justitie).
- *Handelingen II*, 27 november 2014, 30-17 (Stemmingen moties begroting Veiligheid en Justitie).

Overige

- Circulaire van de Minister-President van 18 november 1992 (*Stcrt*. 1992/230), laatstelijk gewijzigd per 11 mei 2011 (*Stcrt*. 2011/6602).
- Besluit van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 27 februari 2014, nummer WBV 2014/6, houdende wijziging van de Vreemdelingencirculaire 2000 (*Stcrt*. 2014/6969 van 7 maart 2014).
- *Actieprogramma Integrale Aanpak Jihadisme. Overzicht maatregelen en acties*, Ministerie van VenJ/NCTV/Ministerie van SZW, 29 augustus 2014.

Jurisprudentie

INTERNATIONAAL

Permanent International Court of Justice (PCIJ)

- PCIJ 7 September 1927, *The case of the SS. Lotus (France/Turkey)*, PCIJ Reports, Series A, No. 10.

International Court of Justice (ICJ)

- ICJ 9 April 1949, *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, ICJ Reports 1949.
- ICJ Advisory Opinion 11 April 1949, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, ICJ Reports 1949.
- ICJ 5 February 1970, *Case Concerning Barcelona Traction, Light and Power Co Ltd (Belgium/Spain)*, ICJ Reports 1970.
- ICJ 27 June 1986, *Case concerning the military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua/United States of America)*, ICJ Reports vol. 14 (1986).
- ICJ 19 December 2005, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, ICJ Reports 2005.

International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY)

- ICTY (Appeals Chamber) 29 July 2004, *Prosecutor/Tihomir Blaškić*, Case No. IT-95-14-A.
- ICTY (Appeals Chamber) 3 July 2008, *Prosecutor/Naser Orić*, Case No. IT-03-68-A.

Permanent Hof van Arbitrage

- Permanent Hof van Arbitrage, Award of the Tribunal of 4 April 1928, *The Island of Palmas(or Miangas) Case (United States/The Netherlands)*, Reports of International Arbitral Awards Vol. II (1949).

Human Rights Committee (HRC)

- HRC 23 maart 1982, *Vidal Martins/Uruguay*, Comm. R.13/57.
- HRC 31 maart 1983, *Lichtenstein/Uruguay*, Comm. 77/1980.
- HRC 31 maart 1983, *Pereira Montero/Uruguay*, Comm. 106/1981.
- HRC 22 juli 1983, *Varela Núñez/Uruguay*, Comm. 108/1981.
- HRC 28 oktober 1992, *González del Río/Peru*, Comm. 263/1987.
- HRC 27 juli 1993, *Kalenga/Zambia*, Comm. 326/1988.

- HRC 18 juli 1994, *Celepli/Sweden*, Comm. 456/1991.
- HRC 24 juli 1994, *Peltonen/Finland*, Comm. 492/1992.
- HRC 26 oktober 2000, *Karker/France*, Comm. 833/1998.
- HRC 2 november 2004, *El Ghar/Libyan Arab Jamahiriya*, Comm. 1107/2002.
- HRC 29 maart 2005, *Marques de Morais/Angola*, Comm. 1128/2002.
- HRC 22 oktober 2008, *Sayadi and Vinck/Belgium*, Comm. 1472/2006.
- HRC 20 maart 2012, *Orazova/Turkmenistan*, Comm. 1883/2009.
- HRC 19 juli 2013, *Mann Singh/France*, Comm. 1928/2010.

- HRC, Concluding Observations, Belarus, *U.N. Doc*. ICCPR A/47/40 (1992).
- HRC, Concluding Observations, Azerbaijan, *U.N. Doc*. ICCPR, A/49/40 vol. I (1994).
- HRC, Concluding Observations, Sudan, *U.N. Doc*. ICCPR, A/53/40 vol. I (1998).
- HRC, Concluding Observations, Democratic People's Republic of Korea, U.N. Doc. ICCPR A/56/40 vol. I (2001).
- HRC, Concluding Observations, Gabon, *U.N. Doc*. ICCPR A/56/40 vol. I (2001).
- HRC, Concluding Observations, Syrian Arab Republic, *U.N. Doc.* ICCPR A/56/40 vol. I (2001).
- HRC, Concluding Observations, Uzbekistan, *U.N. Doc*. CCPR/C/UZB/CO/3 (2010).

- HRC, General Comment No. 22 (48), *U.N. Doc.* CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, 27 September 1993.
- HRC, General Comment No. 27, *U.N. Doc*. CCPR/C/21/Rev.1/Add/9, 1 November 1999.
- HRC, General Comment No. 34, *U.N. Doc.* CCPR/C/GC/34, 12 September 2011.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM)

- EHRM 7 december 1976, *Handyside/The United Kingdom*, nr. 5493/72.
- EHRM 6 september 1978, *Klass/Germany*, nr. 5029/71.
- EHRM 13 juni 1979, *Marckx/Belgium*, nr. 6833/74.
- EHRM 6 november 1980, *Guzzardi/Italy*, nr. 7367/76.
- EHRM 22 oktober 1981, *Dudgeon/The United Kingdom*, nr. 7525/76.
- EHRM 25 maart 1985, *X and Y/The Netherlands*, nr. 8978/80.
- EHRM 28 mei 1985, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali/The United Kingdom*, nr. 9214/80, 9473/81 en 9474/81.
- EHRM 28 augustus 1986, *Glasenapp/Germany*, nr. 9228/80.
- EHRM 24 mei 1988, *Müller/Zwitserland*, nr. 10737/84, *NJ* 1991/685 m.nt. Alkema.

- EHRM 24 mei 1989, *Hauschildt/Denmark*, *NJ* 1990/627 m.nt. Van Dijk.
- EHRM 26 november 1991, *Sunday Times/The United Kingdom*, nr. 13166/87.
- EHRM 22 februari 1994, *Raimondo/Italy*, nr. 12954/87.
- EHRM 27 april 1995, *Piermont/France*, nr. 15773/89, *NJ* 1996/498 m.nt. Dommering.
- EHRM 22 oktober 1996, *Cantoni/France*, nr. 17862/91.
- EHRM 10 juli 1998, *Sidiropoulos/Greece*, nr. 26695/95.
- EHRM 6 april 2000, *Labita/Italy*, nr. 26772/95, *EHRC* 2000/44 m.nt. Bal.
- EHRM (GK) 27 juni 2000, *Cha'are Shalom Ve Tsedek/France*, nr. 27417/95, *AB* 2001/116 m.nt. Vermeulen.
- EHRM 26 oktober 2000, *Roldan Texeira/Itlay*, nr. 40655/98.
- EHRM 22 mei 2001, *Baumann/France*, nr. 33592/96.
- EHRM 29 april 2002, *Pretty/The United Kingdom*, nr. 2346/02.
- EHRM 4 juni 2002, *Olivieira/The Netherlands*, nr. 33129/96, *AB* 2002/407 m.nt. Sewandono.
- EHRM 4 juni 2002, *Landvreugd/The Netherlands*, nr. 37331/97, *EHRC* 2002/59 m.nt. Van der Velde, *AB* 2003/19 m.nt. Schilder.
- EHRM 6 mei 2003, *Appleby/The United Kingdom*, nr. 44306/98.
- EHRM 8 juni 2003, *Sentges/The Netherlands*, nr. 27677/02.
- EHRM 17 juli 2003, *Luordo /Italy*, nr. 32190/96, *EHRC* 2003/78 m.nt. Schokkenbroek.
- EHRM 13 november 2003, *Napijalo/Croatia*, nr. 66485/01.
- EHRM 11 december 2003, *Bassani/Italy*, nr. 47778/99.
- EHRM 30 maart 2004, *Radio France/France*, nr. 53984/00.
- EHRM 30 maart 2004, *Timishev/Russia*, nr. 55762/00, *EHRC* 2006/19 m.nt. Henrard.
- EHRM 27 mei 2004, *Vides Aizsardzibas Klubs/Lettonie*, nr. 57829/00.
- EHRM 8 juni 2004, *Hilda Hafsteinsdottir/Iceland*, nr. 40905/98.
- EHRM (GK) 17 december 2004, *Cumpana and Mazare/Romania*, nr. 33348/96.
- EHRM 4 januari 2005, *Pentiacova and 48 others/Moldova*, nr. 14462/03.
- EHRM 25 januari 2005, *Karademirci/Turkey*, nr. 37096/97.
- EHRM 1 februari 2005, *Raichinov/Bulgaria*, nr. 47579/99.
- EHRM 15 februari 2005, *Steel and Morris/The United Kingdom*, nr. 68416/01.
- EHRM 24 maart 2005, *Goffi/Italy*, nr. 55984/00.
- EHRM (GC) 16 juni 2015, *Delfi AS/Estonia*, nr. 64569/09, *EHRC* 2014/14 m.nt. Van der Sloot.
- EHRM 13 oktober 2005, *Fedorov and Fedorova/Russia*, nr. 31008/02.
- EHRM 22 november 2005, *Antonenkov/Ukrain*, nr. 14183/02.
- EHRM 6 december 2005, *Iletmis/Turkey*, nr. 29871/96, *EHRC* 2006/18 m.nt. Brems.
- EHRM 23 mei 2006, *Riener/Bulgaria*, nr. 46343/99.

- EHRM 5 oktober 2006, *Bolat/Russia,* nr. 14139/03.
- EHRM 31 oktober 2006, *Földes and Földesné Hajlik/Hungary*, nr. 41463/02.
- EHRM 7 december 2006, *Ivanov/Ukraine*, nr. 15007/02.
- EHRM 7 december 2006, *Van der Velden/The Netherlands*, nr. 29514/05.
- EHRM 21 december 2006, *Bartik/Russia*, nr. 55565/00.
- EHRM 25 januari 2007, *Sissanis/Romania*, nr. 23468/02.
- EHRM 22 februari 2007, *Tatishvili/Russia*, nr. 1509/02, *AB* 2007/324 m.nt. Barkhuysen.
- EHRM 3 mei 2007, *Custers, Deveaux and Turk/Denmark*, nr. 11843/03.
- EHRM 20 november 2007, *Omwenyeke/Germany*, nr. 44294/04.
- EHRM 24 april 2008, *Rosengren/Romania*, nr. 70786/01, *EHRC* 2008/77 m.nt. Van der Velde.
- EHRM 10 juli 2008, *Hajibeyili/Azerbaijan*, nr. 16528/05.
- EHRM (GK) 19 september 2008, *Korbely/Hungary*, nr. 9174/02, *NJ* 2010/165 m.nt. Reijntjes.
- EHRM 21 oktober 2008, *Bessenyei/Hungary*, nr. 37509/06.
- EHRM 13 november 2008, *Mann Singh/France*, nr. 4479/07.
- EHRM (GK) 4 december 2008, *S. and Marper/The United Kingdom*, nr. 30562/04, *NJCM-Bulletin* 2009-4, p. 391-406 m.nt. Van der Staak.
- EHRM (GK) 10 februari 2009, *Zolotukhin/Russia,* nr. 14939/03, *NJ* 2010/36 m.nt. Buruma.
- EHRM 12 februari 2009, *Nolan and K./Russia,* nr. 2512/04, *EHRC* 2009/43 m.nt. Woltjer.
- EHRM 10 maart 2009, *Times Newspapers Ltd/The United Kingdom*, nr. 3002/03, *NJ* 2010/109 m.nt. Dommering.
- EHRM 31 maart 2009, *A.E./Poland*, nr. 14480/04.
- EHRM 25 juni 2009, *Liivik/Estonia*, nr. 12157/05.
- EHRM 2 juli 2009, *Ignatov/Bulgaria*, nr. 50/02.
- EHRM 2 juli 2009, *Iordan Iordanov/Bulgaria,* nr. 23530/02.
- EHRM 26 november 2009, *Gochev/Bulgaria,* nr. 34383/03.
- EHRM 18 februari 2010, *Nikiforenko/Ukraine*, nr. 14613/03.
- EHRM 6 april 2010, *Flinkkilä/Finland*, nr. 25576/04.
- EHRM 20 april 2010, *Villa/Italy*, nr. 19675/06.
- EHRM (GK) 17 mei 2010, *Kononov/Latvia*, nr. 36376/04.
- EHRM 18 mei 2010, *Kennedy/The United Kingdom,* nr. 26839/05.
- EHRM 6 juli 2010, *Van Anraat/The Netherlands*, nr. 65389/09, *NJ* 2011/487 m.nt. Klip.
- EHRM 29 juli 2010, *Agraw/Switzerland*, no. 3295/06.
- EHRM 29 juli 2010, *Mengesha Kimfe/Switzerland*, no. 24404/05.
- EHRM (GK) 2 november 2010, *Şerife Yiğit/Turkey*, nr. 3976/05, *NJ* 2011/567 m.nt. Alkema.
- EHRM 20 januari 2011, *Makedonski/Bulgaria*, nr. 36036/04.
- EHRM 10 februari 2011, *Soltysyak/Russia*, nr, 4663/05.
- EHRM 10 februari 2011, *Nalbantski/Bulgaria*, nr. 30943/04.

- EHRM 17 februari 2011, *Pfeifer/Bulgaria*, nr. 24733/04.
- EHRM 5 mei 2011, *Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel/Ukraine*, nr. 33014/05, *EHRC* 2011/104 m.nt. Korthals Altes.
- EHRM 7 juni 2011, *Prescher/Bulgaria*, nr. 6767/04.
- EHRM 28 juni 2011, *Sufi and Elmi/The United Kingdom*, nr. 8319/07, *EHRC* 2011/125 m.nt. Den Heijer.
- EHRM (GK) 7 juli 2011, *Al-Skeini/The United Kingdom*, nr. 55721/07, *NJ* 2012/430 m.nt. Keijzer.
- EHRM 27 september 2011, *Diamante and Pelliccioni/San Marino*, nr. 32250/08.
- EHRM 17 januari 2012 (GK), *Stanev/Bulgaria*, nr. 36760/06, *EHRC* 2012/83 m.nt. Arends.
- EHRM 24 januari 2012, *Miażdżyk/Poland*, nr. 23592/07, *EHRC* 2012/84 m.nt. Van den Brink.
- EHRM 7 februari 2012, *Axel Springer AG/Germany,* nr. 39954/08, *EHRC* 2012/71 m.nt. De Lange en Gerards.
- EHRM 15 mei 2012, *Colon/The Netherlands*, nr. 49458/06, *EHRC* 2012/199 m.nt. Van Sasse van Ysselt.
- EHRM (GK) 12 september 2012, *Nada/Switzerland*, nr. 10593/08, *NJ* 2014/244 m.nt. Alkema.
- EHRM 24 september 2012, *Sarkizov/Bulgaria*, nr. 37981/06.
- EHRM (GK) 19 oktober 2012, *Catan/The Republic of Moldova and Russia*, nr. 43370/04 19/10/2012, *EHRC* 2013/13 m.nt. Groen.
- EHRM 27 november 2012, *Stamose /Bulgaria*, nr. 29713/05, *EHRC* 2013/38 m.nt. Woltjer.
- EHRM 15 januari 2013, *Eweida/The United Kingdom*, nr. 48420/10, *EHRC* 2013/67 m.nt. Gerards.
- EHRM 22 januari 2013, *Camilleri/Malta*, nr. 42931/10.
- EHRM 14 maart 2013, *Kasymakhunov and Saybatalov/Russia*, nr. 26261/05, *EHRC* 2013/122 m.nt. De Morree.
- EHRM 11 april 2013, *Vyerentsov/Ukraine*, nr. 20372/11.
- EHRM 11 juli 2013, *Khlyustov/Russia*, nr. 28975/05.
- EHRM 25 juli 2013, *Khodorkovskiy and Lebedev/Russia*, nr. 11082/06.
- EHRM (GK) 21 oktober 2013, *Del Río Prada/Spain*, nr. 42750/09, EHRC 2014/32 m.nt. Van Sasse van Ysselt.
- EHRM 26 november 2013, *Al-Dulimi and Montana Managements Inc./ Switzerland*, nr. 5809/08.
- EHRM 3 december 2013, *Bulea/Romania*, nr. 27804/10, *EHRC* 2014/56 m.nt. Van den Brink.
- EHRM (GK) 1 juli 2014, *S.A.S./France*, nr. 43835/11, EHRC 2014/208 m.nt. Van Sasse van Ysselt.
- EHRM 15 juli 2014, *Ashlarba/Georgia*, nr. 45554/08.
- EHRM 16 september 2014, *Plechkov/Roumanie*, nr. 1660/03.

- EHRM (GK) 20 november 2014, *Jaloud/The Netherlands*, nr. 47708/08, *NJ* 2015/142 m.nt. Keijzer.
- EHRM 2 december 2014, *Battista/Italy*, nr. 43978/09.
- EHRM (GK) 27 januari 2015, *Rohlena/The Czech Republic*, nr. 59552/08, *EHRC* 2015/94 m.nt. Timmerman.

Europese Commissie voor de Rechten van de Mens
- ECieRM 6 maart 1984, *M./Germany*, nr. 10307/83.
- ECieRM 9 juli 1985, *Schmidt/Austria*, nr. 10670/83.
- ECieRM 13 oktober 1993, *Nordblad/Sweden*, nr. 19076/91.
- ECieRM 20 februari 1995, *Peltonen/Finland*, nr. 19583/92.
- ECieRM 3 december 1996, *Konttinen/Finland*, nr. 24949/94.

Hof van Justitie van de Europese Unie (HVJ EG/EU)
- HvJ EG 16 december 2008, *Satamedia*, zaak C-73/07, *NJ* 2009/193 m.nt. Mok.

NATIONALE JURISPRUDENTIE

Hoge Raad
- HR 16 oktober 1990, *NJ* 1991/442 m.nt. Corstens.
- HR 21 oktober 2000, *NJ* 2001/14 (*Krulsla-arrest*).
- HR 18 januari 2005, *NJ* 2006/11.
- HR 4 oktober 2005, ECLI HR:2005:AT3643.
- HR 26 september 2006, *NJ* 2006/541.
- HR 30 juni 2009, ECLI:NL:HR:BH3079 (concl. A-G G. Knigge ECLI:NL:PHR:2009:BH3079), NJ 2009/350.
- HR 30 juni 2009, *NJ* 2009/481 m.nt. Keijzer (*Frans van A.)*
- HR 21 oktober 2010, ECLI HR:2003:AL3537, *Nieuwsbrief Strafrecht* 2003/437.
- HR 6 september 2013, ECLI HR:2013:BZ9225, *RvdW* 2013/1037, *NJB* 2013/1974.

Raad van State
- Raad van State 24 januari 2012, ECLI RVS:2012:BV2189.
- Raad van State 31 juli 2012, ECLI RVS:2012:BX3193, *NJB* 2012/1779.

Rechtbank
- Rechtbank 's-Gravenhage 8 januari 2001, ECLI RBSGR:2001:AB2003.
- Rechtbank Rotterdam 12 augustus 2011, ECLI RBROT:2011:BR4930.
- Rechtbank 's-Gravenhage 1 augustus 2013, ECLI RBDHA:2013:11272.

Literatuur

A. Abass, *International Law. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2012.
M. Akehurst, 'Jurisdiction in International Law', *The British Yearbook of International Law* 1972-1973, vol. 46, p. 145-258.
M. Aksu, *Straatsburgse kaders voor terrorismebestrijding. EVRM, strafrecht en terrorisme* (diss. Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007.
Al Arabiya News, 'Al-Qaeda takes control of area in south of Yemen', 16 oktober 2014 (http://english.alarabiya.net/en/News/middle-east/2014/10/16/Al-Qaeda-takes-control-of-area-south-of-Yemen.html).
P. Arnell, 'The case for nationality based jurisdiction', *International and Comparative Law Quarterly* 2001, vol. 50, p. 955-962.
A. Aust, *Handbook of International Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2010.
P. Bąkowski & L. Puccio, '"Foreign fighters'. Member States' responses and EU action in an international context' (Briefing), European Parliament/European Parliamentary Research Service (EPRS), February 2015, p. 6-11 (beschikbaar via: http://www.europarl.europa.eu/EPRS/EPRS-Briefing-548980-Foreign-fighters-FINAL.pdf) (laatst bezocht: 1 juli 2015).
BBC, 'Who are Somalia's al-Shabab?', 3 april 2015 (http://www.bbc.com/news/world-africa-15336689) (laatst bezocht: 1 mei 2015).
J.H. Beale, 'The Jurisdiction of a Sovereign State', *Harvard Law Review* 1923, vol. 36, p. 241-262.
A. Bianchi, 'Assessing the Effectiveness of the UN Security Council's Anti-Terrorism Measures: The Quest for Legitimacy and Cohesion', *European Journal of International Law* 2006, vol. 17, p. 881-920.
G. Boas, *Public International Law. Contemporary Principles and Perspectives*, Cheltenham, UK/Northampton, USA: Edward Elgar Publishing 2012.
B.A. Boczek, *International Law: A Dictionary*, Lanham, Maryland: Scarecrow Press 2005.
P.C. Bogert, *Voor rechtvaardiging en schulduitsluiting: de bijzondere strafuitsluitingsgrond in strafrechtsdogmatisch en wetgevings-technisch perspectief* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005.
M.J. Borgers, 'De communicatieve strafrechter', in: *Controverses rondom legaliteit en legitimatie* (Handelingen NJV, 2011-1), Deventer: Kluwer 2011.
H. Borowski & I. Fuchs, 'Weak States and Terrorist Organizations: A Proposed Model of Intervention', *Minnesota Journal of International Law* 2012, vol. 21, p. 177-215.

C.H. Brants, 'Het journalistieke privilege in Nederland: hoe zinvol en wenselijk is een wettelijke regeling?', *DD* 2008, p. 327-355.

Y. Buruma, 'Bestraft zonder iets gedaan te hebben. De indicatieve gedraging in het strafrecht', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Kraniotis & G. van Roermund, *De gedraging in beweging. Handelen en nalaten in het materiële strafrecht, strafprocesrecht en sanctierecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007.

A. Chehtman, *The Philosophical Foundations of Extraterritorial* Punishment, Oxford: Oxford University Press 2010.

C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns & M.J.M. Verpalen (red.), *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

CNN, 'Al Qaeda controls more territory than ever in Middle East', 8 januari 2014 (http://edition.cnn.com/2014/01/07/opinion/bergen-al-qaeda-terrority-gains/.

A. Conte & R. Burchill, *Defining Civil and Political Rights. The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee*, Farnham/Burlington: Ashgate 2009.

G.J.M. Corstens & M.J. Borgers, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

J.R. Crawford, *The Creation of States in International Law*, Oxford: Oxford University Press 2006.

J.R. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press 2012.

A. D'Amato, 'Human Rights as Part of Customary International Law: A Plea for Change of Paradigms', Northwestern University School of Law, Faculty Working Papers. Paper 88, 2010.

V. Dimitrijevic, *Customary Law as an Instrument for the Protection of Human Rights*, ISPI Working Papers (WP-7), Milano: Istituto per gli Studi di Politica Internazionale, 2006.

F. Domingo, 'Explaining the Sustainability of the Communist Party of the Philippines-New People's Army', *Small Wars Journal*, 4 oktober 2013 (smallwarsjournal.com/printpdf/14685) (laatst bezocht: 1 mei 2015).

J. Donnelly, 'Sovereign Inequalities and Hierarchy in Anarchy: American Power and International Society', *European Journal of International Relations* 2006, vol. 12, p. 139-170.

B. Donohue, J.N. Otte & B. Smith, 'An Ontological Approach to Territorial Disputes', 1304 *Intelligence, Defense and Security (STIDS), CEUR* 2014, p. 2-9.

S. Elden, 'Terror and Territory', *Antipode* 2007, vol. 39, nr. 5, p. 821-845.

R. van Elst & A.M.M. Orie, 'Strafmachtrecht', in: E. van Sliedregt, J.M. Sjöcrona & A.M.M. Orie, *Handboek Internationaal Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

A.P.H. Fabe, 'The Communist Party of the Philippines and youth-recruitment: local development and transnational connections', The Southeast Asia Regional Centre for Counter-Terrorism (http://www. searcct.gov.my/ms/penerbitan/penerbitan?id=61) (laatst bezocht: 1 mei 2015).
J.W. Fokkens & A.J. Machielse (red.), *Noyon/Langemeijer/Remmelink, Wetboek van Strafrecht* (losbladig).
B. Freedman, 'Officially Blacklisted Extremist/Terrorist (Support) Organizations: a Comparison of Lists from six Countries and two International Organizations', *Perspectives on Terrorism* 2010, vol.4, p. 46-52.
B.J. George, 'Extraterritorial Application of Penal Legislation', *Michigan Law Review* 1966, vol. 64, p. 609-638.
J.H. Gerards, in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM*, comm. op art. 2 Vierde Protocol EVRM (2013).
D.J. Gerber, 'Beyond Balancing: International Law Restraints on the Reach of National Laws', *Yale Journal of International Law* 1984, vol. 10, p. 185-221.
L. Ginsborg, 'The United Nation's Security Council's Counter-Terrorism Al-Qaida Sanctions Regime: Resolution 1267 and the 1267 Committee', in: B. Saul (red.), *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2014.
T.D. Grant, 'Defining Statehood: The Montevideo Convention and its Discontents', *Columbia Journal of Transnational Law* 1999, vol. 37, p. 403-457.
M.S. Groenhuijsen, *Straf en wet. Beschouwingen over de betekenis van het legaliteitsbeginsel in het hedendaagse strafrecht, tegen de achtergrond van actuele legitimatieproblemen* (oratie Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1987.
M.S. Groenhuijsen & F.G.H. Kristen, 'Het Bestimmtheitsgebot bepaald', *DD* 2001, p. 330-346.
G. Guillaume, Terrorism and International Law, *International and Comparative Law Quarterly* 2004, vol. 53, p. 537-548.
G.A. van Hamel, *Inleiding tot de studie van het Nederlandsche strafrecht*, 4de druk, bewerkt door J. V. van Dijck, Haarlem/'s-Gravenhage 1927.
N.G. Hansen, *Modern Territorial Statehood* (diss. Leiden), Leiden 2008.
D.J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, London: Sweet and Maxwell 2004.
D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates & C.M. Buckley (red.), *Harris, O'Boyle & Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2014.
Harvard Research on International Law, 'Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime', *American Journal of International Law* 1935, vol. 29, p. 439-651.
R.H. Haveman, *Voorwaarden voor strafbaarstelling van vrouwenhandel*, Deventer: Gouda Quint 1998.
L. van den Herik & N. Schrijver (eds.), *Counter-Terrorism Strategies in a Fragmented International Legal Order*, Cambridge: Cambridge University Press 2015.

R. Higgins, *Problems and Process. International Law and How We Use It*, Oxford: Clarendon Press 1994.
R. Higgins, The General International Law of Terrorism, in: R. Higgins & M. Flory (red.), *Terrorism and International Law*, London: Routledge 1997.
M. Hmoud, 'Negotiating the Draft Comprehensive Convention on International Terrorism, Major Bones of Contention', *Journal of International Criminal Justice* 2006, vol. 4, p. 1031-1043.
J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012.
ICJ Press Release No. 2010/36, 17 November 2010 (http://www.icj-cij.org/docket/files/129/16233.pdf) (laatst bezocht 2015).
D.A. Ijalaye, 'Was "Biafra" at Any Time a State in International Law?', *American Journal of International Law* 1971, vol. 65, p. 551-559.
M. Inazumi, *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes Under International Law*, Antwerpen: Intersentia 2005.
International Law Association, *Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences*, Committee on International Human Rights Law and Practice, London Conference 2000.
M. Jamnejad & M. Wood, 'The Principle of Non-intervention', *Leiden Journal of International Law* 2009, vol. 22, p. 345-381.
J.P. Jenkins, 'Types of terrorism', *Encyclopædia Britannica* (http://www.britannica.com/topic/terrorism/Types-of-terrorism#ref728295) (laatst bezocht: 1 juli 2015).
R.Y. Jennings & A.D. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th ed., vol. 1, Harlow: Longman 1992.
D.H. de Jong & G. Knigge, *Van Bemmelen/Van Veen, Ons strafrecht deel I: Het materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2003.
S. Joseph & M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials, and Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2013, nr. 12.19.
S. Kassan, 'Extraterritorial Jurisdiction in the Ancient World', *American Journal of International Law* 1935, vol. 29, p. 237-247.
C. Kelk & F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013.
P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003.
P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Freedom of Religion and Criminal Law. From the Principle of Separation of Church and State to the Principle of Pluralist Democracy?' in: J.A. van der Ven & H.-G. Ziebertz (Eds), *Tensions within and between Religions and Human Rights*, Leiden: Brill 2011.
P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Kraniotis & G. van Roermund, 'Gedragingen in het materiële strafrecht, strafprocesrecht en sanctierecht. Ontwikkelingen in de sleutel van repressie en doelmatigheid', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Kraniotis & G. van Roermund, *De gedraging in beweging.*

Handelen en nalaten in het materiële strafrecht, strafprocesrecht en sanctierecht, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007.

P.H.P.H.M.C. van Kempen & J. Van de Voort, *Nederlandse antiterrorismregelgeving getoetst aan fundamentele rechten. Een analyse met meer bijzonder aandacht voor het EVRM*, Nijmegen: NCTb/WODC/Radboud Universiteit 2010.

B.F. Keulen, 'Strafrecht en crises', in: E.R. Muller e.a., *Crises, rampen en recht* (Handelingen NJV, 2014-I), Deventer: Kluwer 2014.

A.H. Klip & A.-S. Massa, *Communicerende grondslagen van extraterritoriale rechtsmacht*, Maastricht/Den Haag: Universiteit Maastricht / WODC 2010.

P.H. Kooijmans, *The Doctrine of Legal Equality of States: An Inquiry into the Foundation of International law*, Leiden: Sijthoff 1964.

T. Kooijmans, 'Commentaar artikel 16 van de Grondwet – Nulla Poena'', in: E.M.H. Hirsch Ballin & G. Leenknegt (red.), *Wetenschappelijk commentaar op de Nederlandse Grondwet*, webeditie, maart 2013 (op: http://www.nederlandrechts-staat.nl/grondwet/artikel.html?artikel=16&categorie=&auteur=&trefwoord=&1=1##artikel16 (laatst bezocht: 1 juli 2015).

B.J. Koops & J.E.J. Prins, 'Misbruik van technische hulpmiddelen: een beschouwing over te ver gaande regelingen in het Cybercrime-Verdrag en de Auteursrechtrichtlijn', *Computerrecht* 2004, vol. 11, p. 59-67.

G.P.H. Kreijen, *State Failure, Sovereignty and Effectiveness. Legal Lessons from the Decolonization of Sub-Saharan Africa* (diss. Leiden) 2003.

P. Kunig, 'Intervention, Prohibition of', in: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press 2008.

G.E. Langemeijer, '"Subsocialiteit", materiële wederrechtelijkheid, "zumutbarkeit" (naar aanleiding van prof. mr M.P. Vrij's afscheidscollege "Ter effening")', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1950, p. 6-18,

G.E. Langemeijer, 'De betekenis van veroorlovende normen in het strafrecht voor het privaatrecht', in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en geweten* (Remmelink-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1987.

A.V. Lowe, 'Blocking Extraterritorial Jurisdiction: the British Protection of Trading Interests Act, 1980,' *American Journal of International Law* 1981, vol. 75, p. 257-282.

P.V. Lowe 'Jurisdiction' in Malcolm D Evans (red.), *International Law*, Oxford: Oxford University Press 2006.

V. Lowe, 'The Principle of Non-intervention: Use of Force', in: V. Lowe & C. Warbrick (red.), *The United Nations and the Principles of International Law: Essays in memory of Michael Akehurst*, London: Routledge 1994.

F.A. Mann, 'The Doctrine of Jurisdiction in International Law', *Recueil des cours de l'Academie de droit international de la Haye* 1964, vol. 111, p. 1-162.

H.G. Meier, 'Jurisdictional Rules in Customary International Law', in: Karl M. Meessen (red.), *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice*, London: Kluwer Law International 1996.

F. Messineo, 'Atrribution of Conduct', in: A. Nollkaemper & I. Plakokefalos, *Principles of Shared Responsibility in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2014.

M. Miyoshi, 'Sovereignty and International Law' (paper Duham University) 2009 (www.dur.ac.uk/resources/ibru/conferences/sos/masahiro_miyoshi_paper.pdf) (laatst bezocht: 1 juli 2015).

B.J. Moloto, 'Command Responsibility in International Criminal Tribunals', *Berkeley Journal of International Law Publicist* 2009, p. 12-25.

J.S. Nan, *Het lex certa-beginsel* (diss. Tilburg), Den Haag: Sdu 2011.

NCTV, 'Terrorismebestrijding. Jihadisme en jihadistisch terrorisme', op: https://www.nctv.nl/onderwerpen/tb/watisterrorisme/jhadisme-jihadistische-terrorisme/ (laatst bezocht: 1 juni 2015).

A. Nollkaemper, *Kern van het internationaal publiekrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2014.

M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, Kehl: N.P. Engel Publisher 2005.

R. O'Keefe, 'Universal Jurisdiction. Clarifying the Basic Concept', *Journal of International Criminal Justice* 2004, vol. 2, p. 735-760.

P. O'Shea, *Playing the Sovereignty Game: Understanding Japan's Territorial Disputes* (diss. Sheffield), Sheffield: 2012.

B.J. Phillips, 'What Is a Terrorist Group? Conceptual Issues and Empirical Implications', *Terrorism and Political Violence* 2014, p. 1-18.

B. Rainey, E. Wicks & C. Ovey, *Jacobs, White & Ovey. The European Convention on Human Rights,* Oxford: Oxford University Press 2014.

M.D. Ramsey, 'Escaping International Comity', *Iowa Law Review* 1998, vol. 83, p. 893-952.

J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996.

E. Rosand, 'The UN-Led Multilateral Institutional Response to Jihadist Terrorism: Is a Global Counterterrorism Body Needed?', *Conflic and Security Law* 2006, vol. 11, p. 399-427.

C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford: Oxford University Press 2015.

P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt, 'Handhaving van voorschriften in de Engelse taal met inachtneming van het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2013, p. 224-233.

B. Saul (ed.), *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Edward Elgar Publishing 2014.

M. N. Shaw, *International Law*, 7th edition, Cambridge: Cambridge University Press 2014.

H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, Eerste deel, Haarlem: Tjeenk Willink 1881.

T. Spronken, 'Wat het strafrecht in crises vermag', *NJB* 2014, 1091, p. 1479-1484.

H. Steinberger, 'Sovereignty', in: R. Bernhardt (red.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. IV, Amsterdam: Elsevier, 2000.

G.A.M. Strijards, *Internationaal strafrecht, strafrechtsmacht. Algemeen deel,* Arnhem: Gouda Quint 1984.

G.A.M. Strijards, *Hoofdstukken van Internationaal Strafrecht,* Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

B.T. Sumner, 'Territorial Disputes at the International Court of Justice', *Duke Law Journal* 2004, vol. 53, p. 1779-1812.

The Telegraph, 'Boko Haram is now a mini-Islamic State, with its own territory', 10 januari 2015 (http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/africaandindianocean/nigeria/11337722/Boko-Haram-is-now-a-mini-Islamic-State-with-its-own-territory.html).

J.A.E. Vervaele, 'Historische ontwikkeling van het bijzonder strafrecht', in: F.G.H. Kristen e.a. (red.), *Bijzonder strafrecht; strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

L. Vidino, *Foreign Fighters: An Overview of Responses in Eleven Countries*, Zurich: Center for Security Studies (CSS) 2014.

J.M. ten Voorde, 'Aanzetten tot criteria voor strafbaarstelling van de voorfase', in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek. Symbolische legitimiteit versus maatschappelijke en sociaalwetenschappelijke realiteit*, Den Haag: Boom Lemma Uitgevers 2012.

G.R. Watson, 'Offenders Abroad: The Case for Nationality-Based Criminal Jurisdiction', *Yale Journal of International Law* 1992, vol. 17, p. 41-84.

N.D. White, *The Cuban Embargo under International Law*, New York: Routledge 2015.

Wikipedia, https://www.wikipedia.org/.

H.D. Wolswijk, *Locus delicti en rechtsmacht*, Gouda Quint 1998.